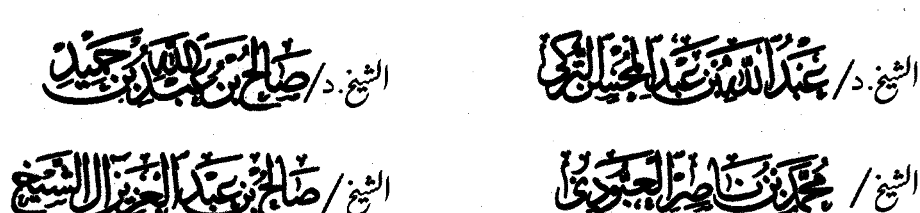


تقديم أصحاب المعالي



تأليف

دبيان بن محمد الدبيان

المجلد السابع عشر

ح دبيان بن محمد الدبيان، ١٤٣٢هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الدبيان، دبيان محمد

المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. / دبيان محمد الدبيان .-

الرياض، ١٤٣٢هـ

٧٠٠ص ؛ ١٧×٢٤سم.

ردمك: ٨ - ٧٤٨٠ - ٠٠ - ٦٠٣ - ٩٧٨ (مجموعة) ج١٧

١ - المعاملات (فقه إسلامي) أ. العنوان

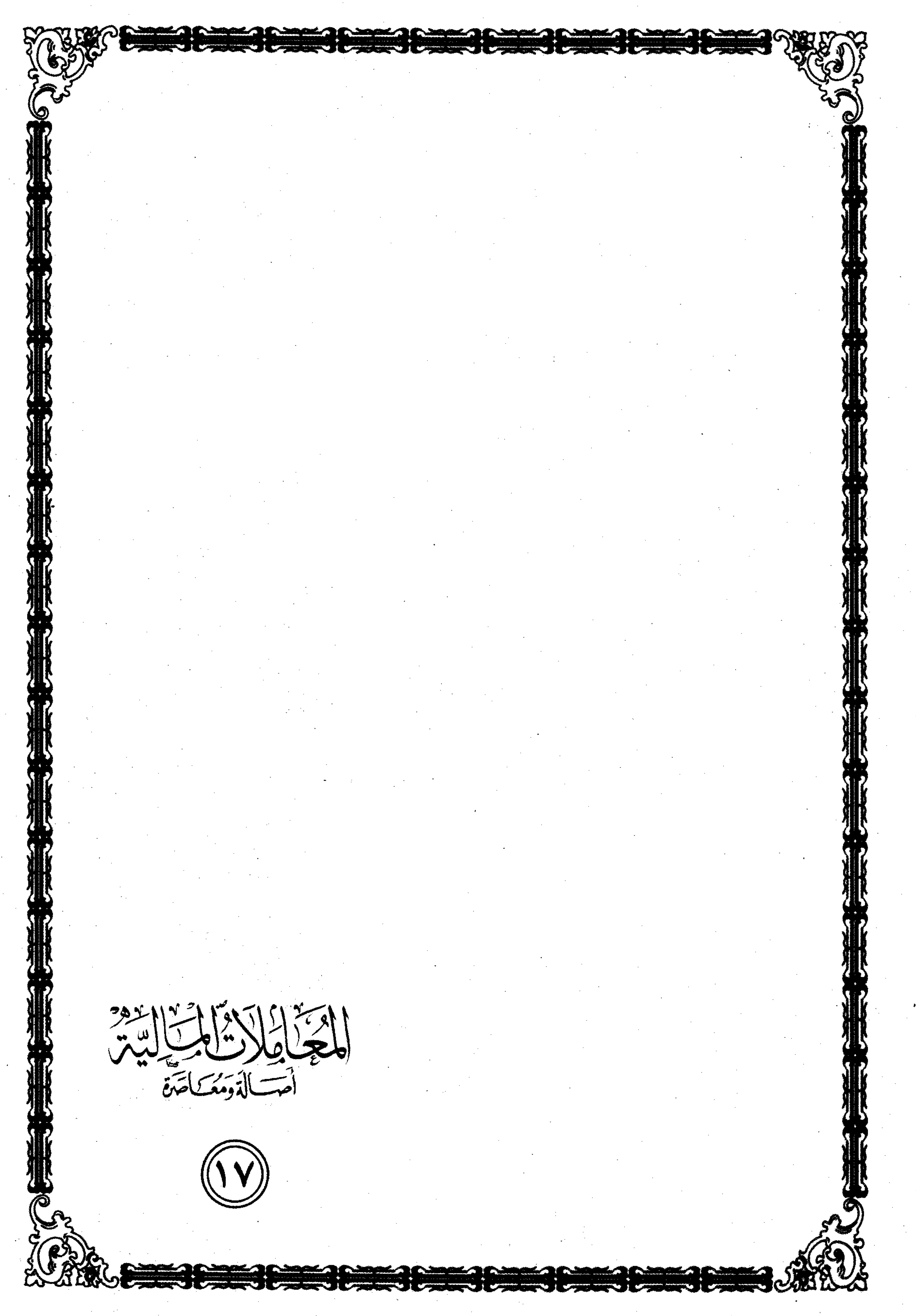
ديوي ٢٥٣ ١٤٣٢/٤٧٠٦

الطبعة الثانية

للطلب الاتصال

بالاستاذ / فهد بن عبد العزيز الجوعي

ت/ ٠٠٩٦٦٥٠٤٨٨١١٩٤


المعاملات المالية
أصالة ومعاصرة
١٧



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، وعلى آله، وصحبه، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين، ، وبعد:

فهذا هو المجلد السابع عشر، وهو المجلد الثاني في عقود التبرع، وهو عقد الوصية، وقد رأيت أن يكون عقد الوصية بعد عقد الوقف لشبه الكتابين، حتى قال الفقهاء: «إن أحكام الوقف تستقى من الوصايا، وقالوا: أيضًا: إن كل واقعة في الأوقاف ليس فيها نص فقهي في كتاب الوقف يفتى فيها بحكم ما يشبهها في كتاب الوصايا، فمسؤولية نظار الوقف وواجباتهم تستمد من مسؤولية الأوصياء وواجباتهم، والتصرف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم الذي تحت الوصاية، وهكذا»(١).

وقدمت عقد الوقف؛ لأن الأصل في عقد الوقف البر، وذلك لأنه قائم على حبس الأصل، وتسبيل الثمرة، وأطلق عليه الشارع بالصدقة الجارية، وهو يكون في الحياة، وبعد الموت، وهو عقد لازم، وأما عقد الوصية فالأصل فيه أنه عقد تمليك للعين والمنفعة معًا، وقد لا يراد منه الدوام، وهو لا ينفذ إلا بعد الموت، وهو عقد جائز قبل موت الموصي.

---

(١) أحكام الوقف (ص٢٠).



خطة البحث

اشتمل الكتاب على تمهيد، وسبعة أبواب، ومجموعة من الفصول، والمباحث، والفروع والمسائل على النحو التالي.

التمهيد: ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الوصية.

المبحث الثاني: الفرق بين الوصية وبين الهبة والعطية.

المبحث الثالث: الوصايا مشروعة على وفق القياس.

الباب الأول: في حكم الوصية وبيان أركانها.

المبحث الأول: في حكم الوصية.

المبحث الثاني: في أركان الوصية.

الباب الثاني: في صيغة الوصية، وما يتعلق بها من أحكام.

الفصل الأول: في انعقاد الوصية باللفظ.

الفصل الثاني: في انعقاد الوصية بالكتابة.

الفصل الثالث: في انعقاد الوصية بالإشارة.

المبحث الأول: في إشارة الأخرس الأصلي.

المبحث الثاني: في إشارة من اعتقل لسانه.

المبحث الثالث: في إشارة القادر على النطق.

الفصل الرابع: في قبول الوصية.

المبحث الأول: في توقف انعقاد الوصية على القبول.

المبحث الثاني: في موت الموصى له قبل القبول.

المبحث الثالث: في رد الوصية في حياة الموصي.

المبحث الرابع: في رد الوصية بعد القبول.

المبحث الخامس: في شروط القبول.

الشرط الأول: في اشتراط الأهلية من القابل.

الشرط الثاني: أن يكون القابل بعد وفاة الموصي.

الشرط الثالث: في اشتراط موافقة القبول للإيجاب.

الشرط الرابع: في اشتراط الفورية في القبول.

المبحث السادس: في رجوع الموصي عن الوصية.

المبحث السابع: في وقت ثبوت الملكية للموصى له.

المبحث الثامن: في إضافة الوصية.

المبحث التاسع: في تعليق الوصية بالشرط.

المبحث العاشر: في توقيت الإيصاء والوصية.

المبحث الحادي عشر: في اقتران الوصية بالشرط.

الباب الثالث: في شروط الموصي.

الشرط الأول: أن تكون الوصية من مالك.

الشرط الثاني: في اشتراط أهلية الموصي.

فرع: وقت اعتبار الموصى له وارثًا.

الشرط الخامس: في اشتراط إسلام الموصى له.

المبحث الأول: وصية المسلم للذمي.

المبحث الثاني: في وصية المسلم للكافر الحربي.

المبحث الثالث: في الوصية للمرتد.

الشرط السادس: ألا يكون الموصى له قاتلًا للموصي.

الشرط السابع: ألا يكون الموصى له جهة معصية.

الباب الخامس: في شروط الموصى به.

الشرط الأول: في اشتراط مالية الموصى به.

المبحث الأول: الوصية بالدين.

المبحث الثاني: الوصية بالمجهول.

فرع: في تقدير الوصية إذا أوصى بجزء من ماله.

المبحث الثالث: الوصية بالمعدوم.

المبحث الرابع: في الموصي يوصي بنصيب وارث معين.

المبحث الخامس: في الموصي يوصي بمثل نصيب وارث غير معين.

المبحث السادس: الوصية بالسهم.

المبحث السابع: في الوصية بالمنافع.

الفرع الأول: تعريف المنفعة.

الفرع الثاني: خلاف الفقهاء في الوصية بالمنافع.

الفرع الثالث: في كيفية تقدير المنفعة.

الفرع الرابع: في نفقات العين الموصى بمنفعتها.

الفرع الخامس: في بيع العين الموصى بمنفعتها.

الشرط الثاني: أن يكون الموصى به مملوكًا للموصي.

الشرط الثالث: أن يكون الموصى به في حدود الثلث.

المبحث الأول: إذا لم يكن للموصي وارث.

المبحث الثاني: في الوصية بأكثر من الثلث مع وجود الوارث.

فرع: في وقت تقدير الثلث.

الباب السادس: في مبطلات الوصية.

الفصل الأول: إبطال الوصية من جهة الموصي.

المبحث الأول: إبطال الوصية بجنون الموصي.

المبحث الثاني: إبطال الوصية بردة الموصي.

المبحث الثالث: بطلان الوصية برجوع الموصي عنها.

المبحث الرابع: بطلان الوصية بجحود الموصي.

الفصل الثاني: إبطال الوصية من جهة الموصى له.

المبحث الأول: إبطال الوصية بموت الموصى له.

الفرع الأول: موت الموصى له في حياة الموصي.

الفرع الثاني: موت الموصى له بعد موت الموصي، وقبل القبول.

المبحث الثاني: بطلان الوصية برد الموصى له الوصية.

الفرع الأول: في رد الوصية في حياة الموصي.

الفرع الثاني: رد الوصية بعد موت الموصي وقبل القبول.

الفرع الثالث: في رد الوصية بعد موت الموصي، وبعد القبول.

المبحث الثالث: في بطلان الوصية بقتل الموصى.

الفصل الثالث: إبطال الوصية من جهة الموصى به.

الباب السابع: في الإيصاء.

الفصل الأول: في تعريف الإيصاء.

الفصل الثاني: حكم الإيصاء التكليفي.

المبحث الأول: حكم الإيصاء بالنسبة للموصي.

المبحث الثاني: حكم الإيصاء بالنسبة للموصى له.

الفصل الثالث: في لزوم عقد الوصاية.

الفصل الرابع: في شروط الوصي.

الشرط الأول: في اشتراط البلوغ.

الشرط الثاني: في اشتراط إسلام الوصي.

الفرع الأول: في اشتراط إسلامه إذا كان الموصى عليه مسلمًا.

الفرع الثاني: في الوصاية إلى الكافر.

الفرع الثالث: في وصية الكافر إلى مسلم.

الشرط الثالث: في اشتراط عدالة الوصي.

الشرط الرابع: في اشتراط الكفاية في الوصي.

الشرط الخامس: في اشتراط أن يكون الوصي ذكرًا.

الشرط السادس: في اشتراط أن يكون الوصي مبصرًا.

الفصل الخامس: في وقت اعتبار توفر شروط الوصي.

الفصل السادس: في تصرفات الوصي.

المبحث الأول: في الوصاية المطلقة والمقيدة.

المبحث الثاني: في وصاية الجد والأخ والعم.

المبحث الثالث: في الوصاية بالتزويج.

المبحث الرابع: إيصاء الوصي.

المبحث الخامس: في وصاية الأم على أولادها.

المبحث السادس: في إخراج الوصي الزكاة عن الصغار.

الفرع الأول: في إخراج الوصي زكاة الفطر.

الفرع الثاني: في إخراج الوصي زكاة مال الصغير.

المبحث السابع: في المضاربة بمال اليتيم.

الفرع الأول: اتجار الوصي بمال اليتيم لنفسه.

الفرع الثاني: في اتجار الوصي لحظ اليتيم.

المبحث الثامن: في إقراض مال اليتيم.

الفرع الأول: في اقتراض الوصي من مال اليتيم.

الفرع الثاني: في إقراض الوصي مال اليتيم للغير.

المبحث التاسع: في رهن الوصي مال الموصى عليه.

الفرع الأول: الرهن بسبب دين أو قرض على الموصى عليه.

الفرع الثاني: رهن مال اليتيم بدين للوصي.

المبحث العاشر: في بيع مال الوصي وشرائه.

الفرع الأول: أن يشري ويبيع للأجنبي.

الفرع الثاني: بيع الوصي وشراؤه من نفسه.

المبحث الحادي عشر: في أخذ الوصي أجرة على عمله.

الفصل السابع: في تعدد الأوصياء.

المبحث الأول: إذا أوصى إلى أكثر من شخص وأطلق الوصية.

المبحث الثاني: إذا أوصى إلى أكثر من شخص، وقيد الوصية.

الفصل الثامن: في اختلاف الوصي والموصى عليه.

المبحث الأول: في الاختلاف في مقدار النفقة.

المبحث الثاني: في الاختلاف في مدة النفقة.

المبحث الثالث: في الاختلاف في دفع المال.

الفصل التاسع: في انتهاء الوصاية.

المبحث الأول: انتهاء الوصاية بالموت والفسق.

المبحث الثاني: انتهاء الوصاية بالجنون.

المبحث الثالث: في انتهاء الوصاية بعزل الوصي نفسه.

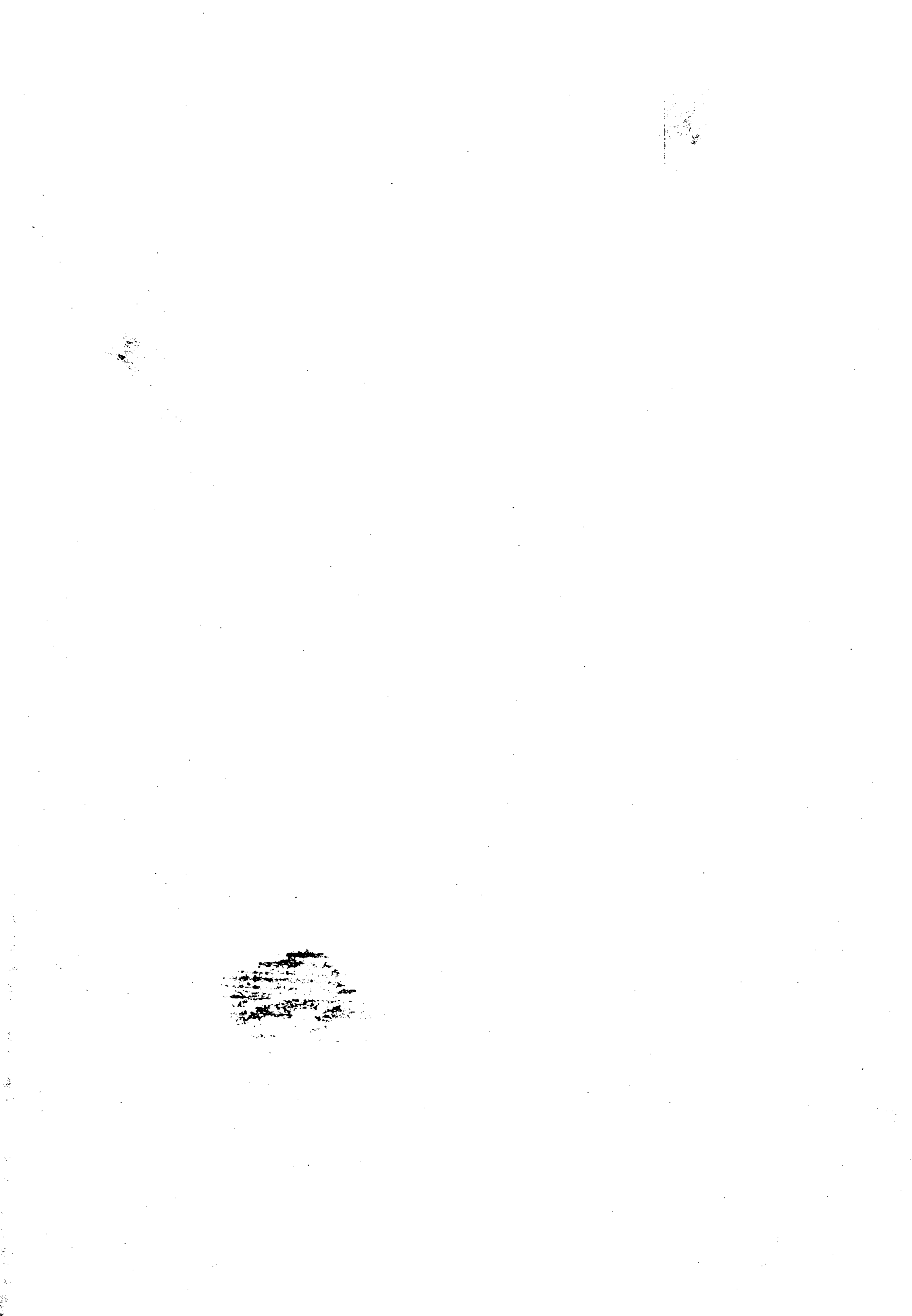
المبحث الرابع: انتهاء عقد الوصاية بانتهاء المهمة.

الفرع الأول: انتهاء الوصاية ببلوغ الصغير رشيدًا.

الفرع الثاني: انتهاء الوصاية بأداء الحقوق.

هذه آخر المسائل التي وقع عليها الاختيار حسب شرط البحث، وتركت أخرى اختصارًا واقتصارًا، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.





كتاب الوصايا

تمهيد

المبحث الأول
في تعريف الوصية

تعريف الوصية[١]:

عرف الفقهاء الوصية بتعريفات كثيرة، واختلفت هذه التعريفات تبعًا لاختلاف هذه المذاهب في بعض الأحكام، من ذلك:

تعريف الحنفية:

ذكر عامة شروح الحنفية في تعريف الوصية: أنها «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو المنافع»[٢].

شرح التعريف:

قوله: (تمليك) جنس يشمل أنواعًا، فالتمليك قد يكون بعوض كما في البيع،

---

(١) جاء في مقاييس اللغة (٦/ ١١٦): «(وَصَى) الواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء. وَوَصَيْتُ الشيء: وَصَلْتُهُ. ويقال: وَطِئْنَا أَرْضًا وَاصِيَةً، أَيْ إِنَّ نَبْتَهَا مُتَّصِلٌ قَدِ امْتَلَأَتْ مِنْهُ. وَوَصَيْتُ الليلة باليوم: وَصَلْتُهَا، وذلك في عملٍ تَعْمَلُهُ. وَالْوَصِيَّةُ مِنْ هَذَا الْقِيَاسِ، كَأَنَّهُ كَلَامٌ يُوصَى أَيْ يُوصَلُ. يقال: وَصَّيْتُهُ تَوْصِيَةً، وَأَوْصَيْتُهُ إِيصَاءً».

(٢) العناية شرح الهداية (١٠/ ٤١٢)، البناية (١٣/ ٣٨٧)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٢)، البحر الرائق (٨/ ٤٥٩)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٦٩١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤٨)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠).

وقد يكون بغير عوض في حال الحياة كما في الهبة والصدقة، وقد يكون التمليك للانتفاع دون العين كما في العارية.

وقوله: (**مضاف إلى ما بعد الموت**) أخرج به التمليك الواقع في الحياة كالهبة والصدقة.

وقوله: (**بطريق التبرع**) أخرج به التمليك بعوض كالبيع والإجارة.

وقوله: (**في الأعيان والمنافع**) إشارة إلى متعلق الوصية، وأن الوصية كما تصح في ذوات الأشياء تصح في منافعها أيضًا.

ويعترض عليه:

بأن الوصية أعم من التمليك فمنها ما يرجع إلى المال كالتمليك، ومنها ما يرجع إلى القيام بالحقوق كالإيصاء بالقيام على أمر أطفاله، ورد ودائعه، وقضاء ديونه.

وقد لا تكون الوصية تمليكًا كما لو كانت الوصية إلى جهة لا تملك، كأن يكون مصرف الوصية إلى المساجد، والطرق، ونحوهما، فلو قيل: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت كان أدق.

قال ابن نجيم: «وهذا التعريف ليس بجامع لأنه لا يشمل حقوق الله تعالى، والدين الذي في ذمته، ولو قال المؤلف هي طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد ما لم يصلهما، أو تمليك ... إلى آخره لكان أولى»[١].

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٤٥٩).

تعريف المالكية:

عرفها ابن عرفة بقوله: «عقد يوجب حقًا في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده»[١].

شرح التعريف:

فقوله: (عقد) جنس يدخل تحته عقود كثيرة.

وقوله: (يوجب حقًا في ثلث عاقده) أخرج به ما يوجب حقًا في كل ماله، كالإقرار بالدين مثلًا، ومثله ما يوجب حقًا في رأس ماله مما عقده على نفسه في صحته.

وقوله: (في ثلث عاقده) خرج منه: وصيته بما زاد على الثلث. فإنها صحيحة موقوفة على إجازة الورثة، وهل هي وصية، أو هبة من الورثة؟ قولان سيأتي إن شاء الله الكلام عليهما.

وقوله: (لزم بموته) أخرج به عقد الهبة، فإنها قد تلزم عند المالكية من غير موت، كما لو وهبت المرأة أو التزمت لزوجها ثلث مالها، أو من التزم ثلث ماله لشخص فإنه يلزم من غير موت.

وقوله: (أو نيابة عنه بعد موته) عطف على كلمة (حقًا) والمعنى: أو يوجب نيابة عن عاقده بعد موته، فيدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت[٢].

---

(١) شرح حدود ابن عرفة (ص٥٢٨)، وانظر شرح الخرشي (٨/ ١٦٧)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، منح الجليل (٩/ ٥٠٣)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٤)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٢).

(٢) انظر شرح ميارة (٢/ ٢١٦)، شرخ الخرشي (٨/ ١٦٧).

فكان للوصية عند المالكية معنيان:

أحدهما: الوصية بالمال. **والمعنى الثاني**: الوصية بالتصرف[(١)].

تعريف الشافعية:

عرفها أكثر الشافعية بأنها: تبرع بحق مضافٌ ولو تقديرًا لما بعد الموت، ليس بتدبير، ولا تعليق عتق، وإن التحقا بها حكمًا كالتبرع المنجز في مرض الموت، أو ما ألحق به[(٢)].

قوله: **(مضاف)** صفة لتبرع.

وقوله: **(ولو تقديرًا لما بعد الموت)** أشار إلى أن ذكر الموت تارة يذكر صريحًا، كما لو قال: لفلان بعد موتي كذا. وتارة يكون ذكر الموت تقديرًا، كما لو قال: أوصيت لفلان بكذا، ولم يقل: بعد موتي؛ لأن الوصية صريحة بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

وقوله: **(كالتبرع المنجز في مرض الموت أو ما ألحق به)** يشير بذلك إلى عطية المريض مرض الموت فإنه لا ينفذ إلا في ثلث ماله، ولا تعتبر مع ذلك وصية؛ لأنها هبة ناجزة في حياته، وإنما تلحق بالوصية حكمًا لكونها لا تنفذ إلا من ثلث المال.

---

(١) انظر شرح حدود ابن عرفة (ص٥٢٨)، شرح الخرشي (٨/ ١٦٧)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، منح الجليل (٩/ ٥٠٣).

(٢) انظر أسنى المطالب (٣/ ٢٩)، تحفة المحتاج (٧/ ٣)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٠)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٧)، حاشية الجمل (٤/ ٤٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٥٥).

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: «وقول بعضهم: ليشمل التبرع في مرض الموت، فإنه معتبر من الثلث فيه نظر، وغير مستقيم؛ لأنه ليس وصية وإن كان له حكمها»(١).

وفرق الشافعية بين الوصية والوصاية:

فالوصية تخص التبرع المضاف إلى ما بعد الموت.

والوصاية: هي العهد إلى من يقوم على من بعده. وهو تفريق اصطلاحي(٢).

تعريف الحنابلة:

عرفها ابن قدامة بقوله: «الوصية: هي التبرع بعد الموت»(٣).

قال في الإنصاف: «هذا الحد هو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وصححه في الشرح وغيره، وقدمه في المستوعب وغيره»(٤).

تعريف آخر عند الحنابلة:

قال أبو الخطاب: هي التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث(٥).

وانتقد هذا التعريف:

بأنه يدخل في الوصية العطية في مرض الموت، وذلك لا يسمى وصية.

---

(١) حاشية قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٧).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٠).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٥)، وانظر المغني (٦/ ١٣٧)، المبدع (٥/ ٢٢٧).

(٤) الإنصاف (٧/ ١٨٣).

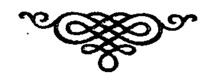
(٥) الإنصاف (٧/ ١٨٣).

ويخرج منه: وصيته بما زاد على الثلث. فإنها عند الحنابلة وصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

ويخرج منه أيضًا: وصيته بقضاء الديون، والواجبات، والنظر في أمر الأصاغر من أولاده، وتزويج بناته، ونحو ذلك[١].

❑ الراجح:

تعريفات الفقهاء قريبة من بعض، وأرى أن التعريف الراجح أن يقال: **الوصية هي تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت، أو إسناد التصرف إلى شخص بعينه.**



(١) الإنصاف (٧/ ١٨٣).

المبحث الثاني
الفرق بين الوصية وبين الهبة والعطية

الفرق بين الوصية والهبة:

[م-١٦٠٥] الهبة والوصية يجتمعان بأنهما تبرع بالمال بلا عوض، ويفترقان في أمور منها:

(١) الهبة تبرع منجز في الحال في حال الحياة والصحة، وأما الوصية فلا تصح منجزة؛ لأنها لا تكون إلا بعد الموت.

ولهذا كانت الهبة أفضل من الوصية؛ لأن الواهب يعطي، وهو صحيح، شحيح، يخشى الفقر ويأمل الغنى بخلاف الوصية.

(ح-١٠٠٥) روى الشيخان من طريق عمارة بن القعقاع، حدثنا أبو زرعة، **حدثنا أبو هريرة، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، أي الصدقة أعظم أجرًا، قال: أن تصدق، وأنت صحيح شحيح، تخشى الفقر، وتأمل الغنى، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان**[1].

(٢) الهبة تلزم بالقبول والقبض، ولا يملك الواهب الرجوع فيها إذا قبضت، واختار بعض الفقهاء لزومها بمجرد القبول.

والوصية لا تلزم إلا بعد الموت، فيملك الموصي الرجوع فيها في حياته، ولو قبضها الموصى له.

---

(١) صحيح البخاري (١٤١٩)، وصحيح مسلم (١٠٣٢).

(٣) الوصية لا تكون إلا بالثلث فأقل لغير وارث، والهبة لا حد لها، وتكون للوارث ولغيره.

(٤) الوصية تصح من المحجور عليه، بخلاف الهبة، والفرق أن الهبة فيها إضرار بالغرماء والوصية ليس فيها إضرار؛ لأنها لن تنفذ إلا بعد قضاء الدين.

(٥) الوصية تصح، ولو كان الموصى به غير مقدور على تسليمه، والهبة فيها خلاف، هل يشترط فيها القدرة على التسليم؟

فقيل: لا يشترط في الهبة القدرة على التسليم، وهو مذهب المالكية؛ لأن الهبة ليست من عقود المعاوضات، فالمعطي إما أن يغنم، وإما أن يسلم، وليس فيه مراهنة.

وقيل: يشترط في الهبة القدرة على التسليم، وهذا هو المشهور من مذهب الإمام أحمد، وسوف يأتي بحث هذه المسألة إن شاء الله تعالى في بحث مستقل.

والفرق: أن الوصية لا يشترط أن تكون في ملك الموصي في الحال، فربما ملكها قبل الموت بخلاف الهبة.

(٦) الوصية تصح للحمل، والهبة لا تصح للحمل؛ لأنه الهبة تمليك منجز في الحال، والحمل ليس أهلًا للتملك.

(٧) يصح أن يوصي لعبده المدبر: وهو الذي علق عتقه بموت سيده؛ لأن الوصية تصادف العبد وقد عتق، ولا تصح له الهبة بناء على القول بأن العبد لا يملك بالتملك، وهي مسألة خلافية..

(٨) الهبة خاصة بالمال، والوصية تكون بالمال وبالحقوق، ولذلك يصح أن يوصي شخصًا ليكون ناظرًا على وقفه، وأن يقوم بقضاء حقوقه[١].

الفرق بين الوصية والعطية:

تكلمنا في المسألة السابقة عن الفرق بين الوصية والهبة، ونبحث هنا الفرق بين الوصية والعطية، وقبل الخوض في التفريق بينهما لا بد أن نعرف الفرق بين الهبة والعطية، وهو تفريق اصطلاحي:

فالهبة: يقصد به التبرع بالمال بلا عوض في حال الصحة.

ويقصد بالعطية: التبرع بالمال في مرض الموت المخوف، فهو أخص من الهبة[٢].

[م-١٦٠٦] وتتفق العطية والوصية في أكثر الأحكام، ويختلفان في بعضها.

ما تتفق فيه العطية والوصية:

(١) تتفق العطية والوصية بأنها لا تجوز بأكثر من الثلث إلا إذا أجاز الورثة.

(٢) كما يتفقان أنهما لا يجوزان لوارث إلا بإجازة الورثة كالوصية.

(٣) أن خروج العطية من الثلث عند الموت لا عند العطية كالوصية؛ لأن الثلث قد يزيد وينقص، فربما يعطي الإنسان العطية، وماله كثير، فيفتقر، وربما يعطي العطية، وماله قليل، ثم يغنيه الله، فالمعتبر وقت الموت؛ لأنه هو الوقت الذي يتعلق فيه حق الورثة في مال المعطي.

---

(١) انظر الشرح الممتع (١١/ ١٢٨-١٣٣).

(٢) انظر المرجع السابق (١١/ ٦٥).

(٥) أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث.

ما تختلف فيه العطية عن الوصية:

(١) لا يملك المعطي الرجوع في العطية إذا قبضت، وكانت من الثلث، واختار بعض الفقهاء لزومها بمجرد القبول.

والوصية لا تلزم إلا بعد الموت، فيملك الموصي الرجوع فيها في حياته، ولو قبضها الموصى له

(٢) يسوى بين المتقدم والمتأخر في الوصية؛ لأنه تبرع بعد الموت، فوجد دفعة واحدة، ويبدأ بالأول فالأول في العطية لوقوعها لازمة.

(٣) أن قبول العطية على الفور في حال حياة المعطي، وكذلك ردها، والوصية لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بالموت.

ويتفرع على ذلك:

ثبوت الملك للمعطَى حال قبوله لها فإذا خرجت العطية من الثلث، تبينا أن الملك كان ثابتًا من حين الإعطاء، فإذا زادت العطية زيادة متصلة أو منفصلة فهي للمعطى بخلاف الوصية فالنماء للورثة؛ لأن الملك في الوصية لا يثبت إلا بعد الموت.

(٤) الوصية تصح للحمل، والعطية لا تصح للحمل؛ لأن الهبة تمليك منجز في الحال، والحمل ليس أهلًا للتملك.

(٥) يصح أن يوصى لعبده المدبر: وهو الذي علق عتقه بموت سيده؛ لأن الوصية تصادف العبد وقد عتق، ولا تصح له العطية بناء على القول بأن العبد لا يملك بالتملك، وهي مسألة خلافية.

(٦) أن المعطي إذا مات قبل أن يقبض المعطى له العطية المنجزة كانت الخيرة للورثة، إن شاؤوا أقبضوا، وإن شاؤوا منعوا، بخلاف الوصية فتلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم[1].



(١) المجموع (١٥/ ٤٤٢)، المغني (٦/ ١٩٤)، الشرح الممتع (١١/ ١٢٨-١٣٣)..



المبحث الثالث
الوصايا مشروعة على وفق القياس

[م-١٦٠٧] اختلف العلماء في أصل المسألة، هل ترد الأحكام على خلاف القياس أم لا؟

وهو محل خلاف بين أهل العلم:

فذهب جمهور العلماء إلى أن الأحكام قد تثبت على خلاف القياس(١).

قال البخاري الحنفي في شرح أصول البزدوي: «وأما الإجماع فلأن القائسين أجمعوا على أن الأحكام قد تثبت على خلاف القياس الشرعي في بعض المواضع بدليل أقوى منه من نص أو إجماع أو ضرورة وذلك يكون تخصيصا لا مناقضة ولهذا سماها الشافعي مخصوصة عن القياس، ونحن نسميها معدولا بها عن القياس»(٢).

وخالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وبعض الحنابلة فلم يريا شيئًا من أحكام الشريعة مخالفًا للقياس. هذا من حيث الأصل(٣).

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٥)، البحر المحيط في أصول الفقه (٢/ ٣٢)، قواطع الأدلة للسمعاني (١/ ١١٩)، الوسيط للغزالي (٣/ ١٠٨)، روضة الطالبين (١٠/ ٢٧)، روضة الناظر (٢/ ٢٧٨)، شرح مختصر الروضة (٣/ ٣٢٩)، وانظر المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران (ص٣١٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤١)، المغني (٥/ ١٧٨).

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (٤/ ٣٣).

(٣) انظر مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩)، زاد المعاد (٥/ ٨١١)، إعلام الموقعين (١/ ٣٥٠) و(٢/ ١٩).

وقد تكلمت على هذه المسألة بشيء من التفصيل في عقد السلم، وفي عقد الإجارة.

أما بخصوص عقد الوصية فلا نزاع في مشروعيته كما سيأتي بحثه إن شاء الله تعالى، ولكن وقع الخلاف، هل كانت مشروعيته جارية على وفق القياس، أو كان القياس يقتضي منعه، ولكن جاءت النصوص بمشروعيته؟ على قولين:

القول الأول:

صرح الحنفية بأن مشروعية الوصية على خلاف القياس[(١)].

❑ وجه القول بذلك:

أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، وبه تنقطع حقوق الإنسان في أمواله، وتتعلق حقوق الورثة، فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت، كالبيع والإجارة والإعارة بأن يعقدها الشخص في حال حياته مضافة لما بعد الموت.

ويناقش:

بأن التدبير متفق على مشروعيته، وهو الرقيق الذي علق عتقه بموت مالكه، فصح تصرف المالك بماله معلقًا بموته، وهو غير الوصية.

ورد هذا:

بأن التعليق وإن اتفق على مشروعيته إلا أن العلماء مختلفون، هل ينفذ من

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٠)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٢)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٠)، فتح القدير (٤١١/١٠).

رأس المال، أو من الثلث، فذهب الجمهور إلى أنه ينفذ من الثلث قياسًا على الوصية، وذهب جماعة من السلف والظاهرية إلى أنه ينفذ من رأس المال[١].

القول الثاني:

ذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أنه لا يوجد في أحكام الشريعة حكم مخالف للقياس الصحيح، حتى قالا: من رأى شيئًا من الشريعة مخالفًا للقياس، فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، وليس مخالفًا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر. نعم في الشريعة ما يخالف القياس الفاسد، وإن كان من الناس من لا يعلم فساده[٢].

وقال ابن تيمية أيضًا: «والأحكام التي يقال: إنها على خلاف القياس نوعان: نوع مجمع عليه ونوع متنازع فيه. فما لا نزاع في حكمه تبين أنه على وفق القياس الصحيح ... وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء على خلاف القياس الصحيح، بل ما قيل: إنه على خلاف القياس، فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها، واقتضى مفارقته لها في الحكم، وإذا كان كذلك فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه كحكمه وإلا كان من الأمور المفارقة له»[٣].

وقال الشيخ الطوفي: «واعلم أن قول الفقهاء هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس أو خارج عن القياس، أو ثبت على خلاف القياس، ليس المراد به أنه

---

(١) انظر سبل السلام (٢/ ٦٠٥).

(٢) انظر مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩)، زاد المعاد (٥/ ٨١١)، إعلام الموقعين (١/ ٣٥٠) و (٢/ ١٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٥٥).

تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي، فمن ذلك أن القياس يقتضي عدم بيع المعدوم وجاز ذلك في السلم والإجارة توسعة وتيسيرًا على المكلفين، ومنه أن القياس أن كل واحد يضمن جناية نفسه وخولف في دية الخطأ رفقا بالجاني وتخفيفا عنه لكثرة وقوع الخطأ من الجناة. انتهى»[١].

❑ الراجح:

أن ما ورد به النص الصحيح من الكتاب والسنة أنه أصل بنفسه، يقاس عليه غيره إن كان معللًا، كالقياس على سائر الأصول، ولا يقال: إنه مخالف للقياس.



(١) شرح مختصر الروضة (٣/ ٣٢٩)، وانظر المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران (ص٣١٣).

الباب الأول
في حكم الوصية وبيان أركانها

المبحث الأول
في حكم الوصية

[م-١٦٠٨] لا يختلف العلماء على مشروعية الوصية في الجملة، وعمدة الإجماع: الكتاب والسنة.

قال تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

وقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ﴾ [المائدة: ١٠٦].

﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ﴾ [النساء: ١٨٠].

(ح-١٠٠٦) ومن السنة: حديث سعد بن أبي وقاص، قال **مرضت فعادني النبي ﷺ . . . قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة، قلت: أوصي بالنصف، قال: النصف كثير، قلت: فالثلث، قال: (الثلث والثلث كثير) . . .**[1].

(ح-١٠٠٧) وحديث ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: **ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**[2].

---

(١) صحيح البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).

(٢) البخاري (٢٧٣٨).

وقد أجمع العلماء على وجوب الوصية في حق من عنده ودائع، أو عليه ديون[(١)].

وقال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن من لم يكن عنده إلا اليسير التافه من المال أنه لا يندب إلى الوصية»[(٢)].

(ث-١٩٦) وخالف في ذلك الزهري، فقد روى الطبري، من طريق معمر، عن الزهري، قال: جعل الله الوصية حقًا مما قل منه أو كثر[(٣)].

[صحيح].

ورجحه الطبري، قال أبو جعفر: «كلّ من حضرته منيَّته، وعنده مالٌ قلّ ذلك أو كثر، فواجبٌ عليه أن يوصي منه لمن لا يرثه من آبائه وأمهاته وأقربائه الذين لا يرثونه بمعروف، كما قال الله جل ذكره وأمرَ به»[(٤)].

وتحرم وصية الجنف، قال تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٨٢].

واختلفوا في حكم الوصية إذا ترك مالًا كثيرًا على أربعة أقوال:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية ليست واجبة، موسرًا كان الموصي أو

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢/ ٢٥٩).

(٢) التمهيد (١٤/ ٢٩١)، وانظر شرح البخاري لابن الملقن (١٧/ ١٧٤).

(٣) تفسير الطبري (٣/ ١٣٨).

(٤) تفسير الطبري (٣/ ١٣٨).

فقيرًا، وأن له أن يضع وصيته حيث شاء، سواء أعطاها أجنبيًا أو قريبًا غير وارث، وهو قول عامة الفقهاء[١].

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن الوصية غير واجبة على أحد، إلا أن يكون عليه دين، أو تكون عنده وديعة أو أمانة فيوصي بذلك، وفي إجماعهم على هذا بيان لمعنى الكتاب والسنة في الوصية، وقد شذت طائفة فأوجبت الوصية، لا يعدون خلافا على الجمهور»[٢].

وقال العراقي: «أجمع المسلمون على الأمر بها، لكن مذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وأبي حنيفة، والجمهور أنها مندوبة لا واجبة»[٣].

وجاء في تحفة المحتاج: «وهي سنة مؤكدة إجماعًا»[٤].

وقال في الإنصاف: «والوصية مستحبة. هذا المذهب في الجملة، وعليه جماهير الأصحاب»[٥].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤١١)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٠)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٢)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٣٨٨)، شرح البخاري لابن بطال (٨/ ١٤٢)، الجامع الأحكام القرآن للقرطبي (٢/ ٢٥٩)، الاستذكار (٥/ ٧)، التمهيد (١٤/ ٢٩٢)، المنتقى للباجي (٦/ ١٤٥)، المقدمات الممهدات (٣/ ١١٤)، الذخيرة (٧/ ٩)، تحفة المحتاج (٧/ ٣)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٠)، حاشية الجمل (٤/ ٤٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٣٤)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٢٦٥)، المغني (٦/ ١٣٧)، المبدع (٥/ ٢٣٢)، الإنصاف (٧/ ١٨٩).

(٢) التمهيد (١٤/ ٢٩٢) وقال الاستذكار (٥/ ٧): «أجمع الجمهور . . . » وهو أدق.

(٣) طرح التثريب (٦/ ١٨٧).

(٤) تحفة المحتاج (٧/ ٣).

(٥) الإنصاف (٧/ ١٨٩).

القول الثاني:

أن الوصية واجبة لقريب غير وارث، فإن أوصى لأجنبي انتزعت منه وردت على قرابته، وهذا أحد القولين عن الحسن البصري، وهو قول طاوس، ورواية عن أحمد(١).

(ث-١٩٧) روى البيهقي من طريق سعيد بن منصور، ثنا سفيان، عن ابن طاوس، عن أبيه أنه كان يقول: **إن الوصية كانت قبل الميراث، فلما نزل الميراث نسخ من يرث وبقيت الوصية لمن لا يرث، فهي ثابتة، فمن أوصى لغير ذي قرابة لم تجز وصيته**(٢). [صحيح](٣).

القول الثالث:

أنها واجبة مطلقًا، للقريب والأجنبي، وهو قول الزبير، وطلحة بن مصرف، والزهري، وأبي مجلز، وعطاء(٤).

---

(١) روى ابن أبي شيبة في المصنف (٣٠٧٨٥) حدثنا ابن مهدي، عن همام، عن قتادة، عن الحسن وعبد الملك بن يعلى، قالا: ترد على قرابته.
وانظر مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٨/ ٤٢٦٦)، الإنصاف (٧/ ١٨٩)، المغني (٦/ ١٣٨).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٤٣٣).

(٣) وروى ابن أبي شيبة في المصنف (٣٠٧٨٣) حدثنا الضحاك، عن ابن جريج، عن ابن طاوس، عن أبيه، قال: كان لا يرى الوصية إلا لذوي الأرحام أهل الفقر، فإن أوصى بها لغيرهم انتزعت منهم فردت إليهم، فإن لم يكن فيهم فقراء فلأهل الفقر من كانوا، وإن سمى أهلها الذين أوصى لهم. وسنده صحيح.
وهو في مصنف عبد الرزاق (١٦٤٢٦) عن معمر، (١٦٤٢٧) وعن ابن جريج، كلاهما عن ابن طاوس به.

(٤) المحلى، مسألة (١٧٥١، ١٧٥٢)، تفسير القرطبي (٢/ ٢٥٩)، شرح صحيح البخاري لابن بطال (٨/ ١٤٢).

القول الرابع:

أن من أوصى لأجنبي وترك ذا قرابته، فإن الأجنبي يأخذ ثلث الوصية، ويرد ثلثي الوصية لأقارب الموصي، وبهذا يشترك القريب والأجنبي في الوصية، وهو أحد القولين عن الحسن البصري، وبه قال ابن المسيب، وجابر بن زيد، وإسحاق بن راهوية[١].

وقال ابن حزم: «فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون . . . وإذا أوصى لمن أمر به فلم ينه عن الوصية لغيرهم فقد أدى ما أمر به، وله أن يوصي بعد ذلك بما أحب»[٢].

(ث-١٩٨) وروى ابن أبي شيبة، قال: حدثنا معتمر، عن حميد، **عن الحسن في الرجل يوصي للأباعد، ويترك الأقارب، قال: تجعل وصيته ثلاثة أثلاث، للأقارب ثلثان، وللأباعد ثلث**[٣].

[صحيح][٤].

---

(١) مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٨/ ٤٢٧٣)، الإشراف لابن المنذر (٤/ ٤٠٤)، الأوسط لابن المنذر (٨/ ٢٠)، فتح الباري (٥/ ٣٥٨)، المحلى لابن حزم (٨/ ٣٥٤)، المغني (٦/ ١٤٠).

(٢) المحلى، مسألة (١٧٥٣).

(٣) المصنف (٣٠٧٨٢).

(٤) وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٣٥٥) قال: أخبرنا هشيم، قال: أخبرنا يونس وحميد، عن الحسن به. وسنده صحيح.
وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٦٤٣٣) قال: أخبرنا معمر، عن قتادة، عن الحسن بمثله.
=

❑ دليل من قال: الوصية واجبة لقريب غير وارث:

الدليل الأول:

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وجه الاستدلال:

قوله تعالى: كتب: أي فرض، كما قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة: ١٨٣]، ولا خلاف بين العلماء على أن الصيام فرض، فكانت الآية نصًا على وجوب الوصية للوالدين والأقربين، خرج منهم الوارثون بالإجماع على أنه لا وصية لوارث[1]، وبقي سائر الأقارب على وجوب الوصية لهم.

= وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٠٧٨٥) حدثنا ابن مهدي، عن همام، عن قتادة، عن الحسن وعبد الملك بن يعلى، قالا: ترد على قرابته.

وروى الدارمي في سننه (٣٣٠٧) من طريق حماد بن سلمة، عن حميد، **عن الحسن، سئل عن رجل أوصى وله أخ موسر، أيوصي له؟ قال: نعم، وإن كان رب عشرين ألفًا، ثم قال: «وإن كان رب مائة ألف، فإن غناه لا يمنعه الحق»**.

ورواه سعيد بن منصور في سننه (٣٧٨) أخبرنا هشيم، قال: أخبرنا حميد الطويل، عن الحسن به.

(١) ونقل الإجماع على أن لا وصية لوارث الشافعي رحمه الله تعالى، انظر تفسير الإمام الشافعي، جمع وتحقيق ودراسة أحمد الفران (١/ ٢٦٨).

وقال ابن المنذر في الإشراف (٤/ ٤٠٤): أجمع كل من يحفظ عنه من علماء الأمصار من أهل المدينة، وأهل مكة، والكوفة، والبصرة، والشام، ومصر، وسائر العلماء من أصحاب الحديث، وأهل الرأي على أن لا وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك الورثة.

وقال ابن قدامة في المغني (٦/ ١٤١): «إذا وصى لوارثه بوصية، فلم يجزها سائر الورثة، لم تصح. بغير خلاف بين العلماء. قال ابن المنذر، وابن عبد البر: أجمع أهل العلم على هذا».

ونوقش هذا:

بأن الله تعالى أوجب الوصية للوالدين والأقربين قبل نزول آية المواريث، ثم نزلت آية المواريث للوالدين والأقربين، بقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾.

فالوالدان والأقربون في آية المواريث، هم الوالدان والأقربون في آية الوصية، وإذا كان إطلاق الأقارب في آية الميراث لا يعني وجوب تعميهم، فكذلك الحال في آية الوصية، فالوالدان والأقربون الذين أوجب الله لهم الحق في الوصية قبل نزول آية الميراث، هم الأقربون الذين أوجب الله لهم بدلًا منه الحق في الميراث، خاصة أن آية الوصية لم تبين مقدار الموصى به، ولا مقدار نصيب كل قريب فيها، بل ترك التقدير للموصي بالمعروف، كما قال تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠]، وكما في حديث: «**إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة**»، ولم يقل أحد من أهل العلم فيما أعلم وجوب تعميم الأقارب في الوصية، ذكرانهم وإناثهم، قريبهم وبعيدهم، صغيرهم وكبيرهم؛ لأن مثل هذا لو قيل به لفرض مقدارًا من الوصية لم تبينه النصوص، بل ترك للموصي وما تطيب به نفسه، وإذا كان لا يجب تعميم الأقارب لم يصح القول بأن الوصية كانت واجبة لجميع الأقارب، خرج الوارث منهم، وبقي من عداه، فإذا أوصى لبعض الأقارب ممن لا يرث كفى في الامتثال عند القائلين بوجوب الوصية للأقارب، وإذا كان كذلك فقد انتقل حق الوالدين والأقربين من الوصية المجملة الواجبة إلى الميراث الواجب، وهو حق معلوم المقدار، ومتفاوت بحسب قوة القرابة وجنس القريب، بخلاف الحق في الوصية على القول به فإنه لم يعين المقدار، ولم يتفاوت بحسب الجنس

والقرب، بل ترك هذا لتقدير الموصي، فكان هذا من التدرج في التشريع، فأوجب أول ما أوجب أن يوصي لوالديه وبعض أقاربه بما تطيب به نفسه، ثم نزل هذا الحق بعد ذلك ميراثًا لازمًا للوالدين والأقربين مما قل منه أو أكثر، ويقصد بالأقربين أي بعضهم ممن يرث منهم، فكان ذلك نسخًا للوصية، فلو أوصى لوالديه أو لأقاربه الوارثين لم تصح الوصية إلا بإجازة الورثة، وإذا أجاز الورثة فليس بالوصية استحقوا، وإنما أخذوا بإعطاء الورثة لهم ذلك، وهذا دليل على نسخ آية الوصية للوالدين والأقربين.

ولهذا ذهب ابن عباس وابن عمر إلى أن آية الوصية نسختها آية المواريث، وهذان الصحابيان من أكبر فقهاء الصحابة، وابن عباس من أعلم الصحابة في تفسير القرآن:

(ث-١٩٩) روى ابن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن الجهضم، عن عبد الله بن بدر، **عن ابن عمر: إن ترك خيرًا الوصية قال: نسختها آية الميراث**[(١)].

[سنده صحيح].

(ث-٢٠٠) وبمثله قال ابن عباس، فقد روى أبو عبيد القاسم بن سلام، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا يونس، عن ابن سيرين، **عن ابن عباس أنه قرأ هذه**

---

(١) المصنف (٣٠٩٤٨)، وقد تداخل نص هذا الأثر بالأثر الذي بعده، والتصحيح من نسخة الشيخ محمد عوامة (٣١٥٩٣)، ومن طريق وكيع أخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٤٣٤). وأخرجه الطبري في تفسيره (٣/ ١٣١) ط هجر، وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٢٦) من طريق ابن مهدي، ثنا سفيان به.

الآية، كتب عليك إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين [البقرة: ١٨٠] قال: قد نسخ هذا[١].

[صحيح، وهو في البخاري بغير هذا اللفظ][٢].

قال ابن حجر عن حديث ابن عباس: هو موقوف لفظًا، إلا أنه في تفسيره إخبار بما كان من الحكم قبل نزول القرآن، فيكون في حكم المرفوع بهذا التقرير[٣].

---

(١) الناسخ والمنسوخ (٤٢١).

(٢) ورواه سعيد بن منصور في سننه كما في التفسير من سنن سعيد بن منصور (٢٥٢) أخبرنا هشيم به.

ورواه الطبري في تفسيره (٣/ ١٣١) ط هجر، والحاكم في المستدرك (٢/ ٣٠٠، ٣٠٨) وعنه البيهقي في السنن (٧/ ٧٠٢) من طريق إسماعيل بن إبراهيم، عن يونس بن عبيد به، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

ورواه البخاري في صحيحه (٢٧٤٧) من طريق ابن أبي نجيح، عن عطاء، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع.

ورواه أبو عبيد في الناسخ والمنسوخ (٤٢٣) من طريق حجاج، عن ابن جريج وعثمان بن عطاء، عن عطاء الخرساني، عن ابن عباس إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين قال: نسختها هذه الآية ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧].

ورواه الدارمي في سننه بإسناد البخاري (٣٣٠٥)، وهو في سنن البيهقي (٦/ ٣٧٢، ٤٣١).

ورواه أبو داود (٢٨٦٩) ومن طريقه البيهقي (٦/ ٤٣٤) والخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه (١/ ٢٤٥) من طريق علي بن حسين بن واقد، عن أبيه، عن يزيد النحوي، عن عكرمة، عن ابن عباس، بلفظ: إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين فكانت الوصية كذلك حتى نسختها آية المواريث.

(٣) فتح الباري (٥/ ٣٧٢).

وإذا كان هذا قول ابن عمر وابن عباس، فقد قال ابن العربي: «وأما السلف الأول فلا نعلم أحدًا منهم قال بوجوب الوصية»[١].

وهل كان العلم الشرعي إلا ما قاله السلف الأول.

ونوقش هذا:

قال الطبري: فإن قال: فإنك قد علمت أن جماعة من أهل العلم قالوا: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] منسوخة بآية الميراث؟ قيل له: وخالفهم جماعة غيرهم فقالوا: هي محكمة غير منسوخة: وإذا كان في نسخ ذلك تنازع بين أهل العلم لم يكن لنا القضاء عليه بأنه منسوخ إلا بحجة يجب التسليم لها، إذ كان غير مستحيل اجتماع حكم هذه الآية، وحكم آية المواريث في حال واحدة على صحة، بغير مدافعة حكم إحداهما حكم الأخرى، وكان الناسخ والمنسوخ هما المعنيان اللذان لا يجوز اجتماع حكمهما على صحة في حالة واحدة لنفي أحدهما صاحبه. وبما قلنا في ذلك قال جماعة من المتقدمين والمتأخرين»[٢].

ويجاب:

بأني قد رأيت أن كل من ذكرهم الطبري من العلماء الذين قالوا بعدم النسخ هم ممن دون الصحابة، وهؤلاء لا حجة في رأيهم، وإنما يحتج لهم، ولا يحتج بهم، فكيف يقدم قولهم على قول ابن عمر وابن عباس؟

---

(١) عارضة الأحوذي (٨/ ٢٧٤)، وانظر شرح البخاري لابن الملقن (١٧/ ١٧٧)، عمدة القارئ للعيني (١٤/ ٢٨).

(٢) تفسير الطبري ط هجر (٣/ ١٢٤).

وقد نسب الطبري لابن عباس القولين أحدهما، أن آية الوصية منسوخة بآية المواريث، وهذا هو الثابت عن ابن عباس في البخاري وغيره من رواية عطاء وابن سيرين عنه، وتقدم تخريجها.

وأما ما رواه الطبري عن ابن عباس أن آية المواريث نسخت من يرث فقط فهذا لو صح عن ابن عباس لكان يصح أن يقال: إن ابن عباس له قولان في المسألة، ولأمكن الترجيح بينهما، إلا أن الأسانيد عنه ضعيفة لا تعارض ما صح عنه.

(ث-٢٠١) فقد رواه الطبري من طريق عبد الله بن صالح، قال: حدثني معاوية بن صالح، عن علي بن أبي طلحة، عن ابن عباس.

[وعلي بن أبي طلحة لم ير ابن عباس].

(ث-٢٠٢) ورواه ابن جريج الطبري من طريق ابن جرير، عن عكرمة، عن ابن عباس.

[ولم يلق ابن جريج عكرمة][(١)].

---

(١) تفسير الطبري ط هجر (٣/ ١٢٩-١٣٠)، وفي إسناده عبد الله بن صالح كاتب الليث، قال فيه أحمد: كان أول أمره متماسكًا. ثم فسد بأخرة، وليس هو بشيء. «العلل» (٤٩١٩).
وفي إسناده علي بن أبي طلحة، لم ير ابن عباس فهو منقطع. قال دحيم: لم يسمع من ابن عباس التفسير، المراسيل لابن أبي حاتم (ص٥٢)، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال: روى عن ابن عباس، ولم يره. وفي التقريب: صدوق قد يخطئ.
وروى الطبري في تفسيره أيضًا (٣/ ١٢٨)، قال: حدثنا القاسم، قال: ثنا الحسين، قال: حدثني حجاج، عن ابن جريج، عن عكرمة، عن ابن عباس، قوله: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، قال: نسخ من يرث ولم ينسخ الأقربين الذين لا يرثون. =

❑ دليل من قال: الوصية واجبة مطلقًا ولو لأجنبي:

الدليل الأول:

(ح-١٠٠٨) ما رواه البخاري من طريق مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: **ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**[1].

وأجيب:

بأن الحديث لا يدل على الوجوب من وجوه:

الوجه الأول:

أن الحديث قال: (**ما حق امرئ مسلم له شيء**) فجعل الحق للمسلم، ولم يجعل الحق عليه، ولو وجبت الوصية لكان حقًا عليه، وليس له، نعم لو كان الحديث بلفظ: حق الله على المسلم أو قال: حق على كل مسلم لكان ذلك ظاهرًا في الوجوب، كما

(ح-١٠٠٩) روى البخاري من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: قال

= والقاسم لم ينسب، ولهذا لم يجزم أولاد شاكر في عينه، ونقلوا بأنه يصلح أن يكون القاسم بن الحسن بن يزيد الصائغ، وأن له ترجمة في تاريخ بغداد، لكن قال: لا أطمئن إلى ذلك، ولا أستطيع الجزم به.

وفي إسناده الحسين بن داود المصيصي، الملقب بسنيد، قال ابن جحر: ضعف مع إمامته، ومعرفته، لكونه كان يلقن حجاج بن محمد شيخه.

وفيه علة أخرى، أن ابن جريج لم يلق عكرمة، قاله ابن المديني، انظر جامع التحصيل (٤٧٢).

(١) البخاري (٢٧٣٨).

النبي ﷺ: يا معاذ أتدري ما حق الله على العباد؟، قال: الله ورسوله أعلم، قال: «**أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا . . .**»[١].

(ح-١٠١٠) وكما روى البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة مرفوعًا، حق على كل مسلم أن يغتسل في كل سبعة أيام يومًا يغسل فيه رأسه وجسده[٢].

الوجه الثاني:

أن الحديث ورد بلفظين:

أحدهما، حديث الباب، وعليه أكثر الروايات، بلفظ: **(له شيء يوصي فيه)** وهذا التعبير ظاهر في أن الوصية من باب التبرع، ولو كانت واجبة لقال: **(عليه شيء يوصي فيه)**.

(ح-١٠١١) وأما اللفظ الثاني للحديث فقد رواه مسلم من طريق يحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله، أخبرني نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: **ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**[٣].

فقوله: **(له شيء يريد أن يوصي به)** فرد الأمر إلى إرادته، ولو كان واجبًا لم يعلق الأمر على إرادة الموصي.

وأجيب:

بأن أكثر الرواة رووه بلفظ: (له شيء يوصي فيه)، ومن رواه بلفظ (يريد أن

---

(١) البخاري (٧٣٧٣)، ومسلم (٣٠).

(٢) البخاري (٨٩٦)، ومسلم (٨٤٩).

(٣) مسلم (١٦٢٧).

يوصي به) قد اختلف عليه، وهي لم ترد إلا من طريقين على كثرة من روى الحديث، فقد رواه بلفظ الإرادة يحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، وأكثر الرواة عن عبيد الله بلفظ: (له شيء يوصي به) كرواية الجماعة.

وجاءت من طريق أيوب عن نافع على اختلاف عليه في لفظه.

ورواه سالم عن ابن عمر بلفظ: (له شيء يوصي فيه) فالذي يظهر لي شذوذ رواية: (له شيء يريد أن يوصي به).

وانفرد ابن عون، عن نافع بلفظ: (لا يحل لامرئ مسلم له مال يوصي فيه). وهذا لفظ شاذ، لم يتابع عليه[1]. والله أعلم[2].

---

(١) مشكل الآثار للطحاوي (٣٦٢٧).

(٢) الحديث رواه جماعة، عن نافع، عن ابن عمر، بلفظ: (له شيء يوصي فيه) منهم:

الأول: مالك كما في الموطأ (٢/ ٧٦١) ومن طريق مالك رواه أحمد (٢/ ١١٣) والبخاري (٢٧٣٨)، والنسائي في المجتبى (٣٦١٦)، وفي الكبرى (٦٤١٠)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣٦٣٠) وأبو عوانة في مستخرجه (٥٧٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٧١-٢٧٢).

الثاني: جويرية، كما في مسند أبي داود الطيالسي ط هجر (١٩٥٠) ومسند أبي يعلى (٥٨٢٨).

الثالث: عوف بن بندويه، كما في سنن ابن ماجه (٢٧٠٢).

الرابع: يونس بن يزيد، كما في مشكل الآثار للطحاوي (٣٦٣٠)، ومستخرج أبي عوانة (٥٧٣٧)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٧١-٢٧٢).

الخامس: أسامة بن زيد الليثي، كما في مستخرج أبي عوانة (٥٧٣٧)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٧١-٢٧٢).

السادس: زيد بن محمد، كما في مسند عبد الله بن عمر للطرسوسي (٥٦).

السابع: أبو أسامة، حماد بن أسامة، عن نافع، كما في مصنف ابن أبي شيبة (٣٠٩٣١). =

. . . .

= الثامن: ابن عون، كما في سنن ابن ماجه (٢٧٠٢)، كلهم رواه عن نافع، عن ابن عمر بلفظ(له شيء يوصي فيه).

ورواه عبيد الله بن عمر، عن نافع، واختلف عليه:

فرواه عبد الله بن نمير كما في سنن الترمذي (٩٧٤)، وسنن ابن ماجه (٢٦٩٩)، ومستخرج أبي عوانة (٥٧٣٥)، ومشكل الآثار للطحاوي (٣٦٢٦).

ومسدد بن مسرهد كما في سنن أبي داود (٢٨٦٢).

والفضيل بن عياض كما في المجتبى للنسائي(٣٦١٥)، وفي السنن الكبرى له (٦٤٠٩).

ومحمد بن عبيد كما في مسند أحمد (٢/ ٨٠) وسنن الدارمي (٣١٧٥)، وابن الجارود في المنتقى (٩٤٦)، ومستخرج أبي عوانة (٥٧٣٥).

ويحيى بن سعيد الأموي كما في مسند أحمد (٢/ ٨٠).

وعبد الأعلى بن عبد الأعلى كما في صحيح ابن حبان (٦٠٢٤). ستتهم رووه عن عبيد الله بن عمر، عن نافع بلفظ: (وله شيء يوصي فيه)، كرواية الجماعة عن نافع.

ورواه يحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله بن عمر، واختلف على يحيى بن سعيد:

فرواه أحمد بن حنبل (٢/ ٥٧) عن يحيى بن سعيد القطان به، بلفظ (له شيء يوصي فيه)، كما هي رواية الجماعة عن عبيد الله بن عمر.

ورواه محمد بن المثنى، عن يحيى القطان به، واختلف عليه:

فرواه مسلم (١٦٢٨) عن محمد بن المثنى، عن يحيى بن سعيد القطان به، بلفظ (له شيء يريد أن يوصي فيه).

ورواه البزار (٥٤١٦، ٥٤١٧) عن محمد بن المثنى به، مرة بلفظ: (له شيء يوصي فيه)، ومرة بلفظ: (له مال يريد أن يوصي فيه).

ورواه الطوسي في مستخرجه على جامع الترمذي (٨٨٤) عن بندار.

ورواه الطوسي أيضًا (١٦٢٢) يحيى بن حكيم المقومي، كلاهما عن يحيى بن سعيد به، بلفظ: (له شيء يريد أن يوصي فيه)، وهؤلاء كلهم ممن رواه عن يحيى بن سعيد القطان لا يعدلون عندي الإمام أحمد، وقد رواه عنه بلفظ الجماعة عن عبيد الله بن عمر، بلفظ: (له شيء يوصي به). =

. . . .

= ورواه أيوب، عن نافع، واختلف عليه فيه أيضًا:
فرواه ابن عيينة، عن أيوب كما في مسند الحميدي (٦٩٧) بلفظ: (له مال يوصي فيه) وهو في سنن الترمذي (٢١١٨) بلفظ: (وله ما يوصي فيه).
ورواه أحمد (٢/ ١٠) عن سفيان إلا أنه وقفه على ابن عمر، وقال: (حق على كل مسلم) ولا أراه محفوظًا بلفظ (حق على) ولو صحت هذه العبارة لكانت ظاهرة في الوجوب، وكل من رواه عن ابن عمر رواه بلفظ: (ما حق امرئ مسلم).
ورواه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٩٠) من طريق عيسى بن جابر، عن أيوب، بلفظ: (عنده شيء يوصي فيه).
وورواه جماعة عن أيوب، عن نافع، بلفظ(له مال يريد أن يوصي به)، منهم:
ابن علية كما في مسند أحمد (٢/ ٥٠)، وسنن الدارقطني (٤/ ١٥٠).
وحماد بن زيد كما في مشكل الآثار للطحاوي (٣٦٢٨) ومستخرج أبي عوانة (٥٧٤٥)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٧١).
وعبد الوهاب الثقفي كما في مسند البزار (٥٤١٧) سنن الدارقطني (٤/ ١٥٠).
وتابع سالم نافعًا، فرواه أحمد (٢/ ٣) وأبو يعلى في مسنده (٥٥١٢) والطبراني في مسند الشاميين (٣٧٠) من طريق برد بن سنان، عن الزهري، عن سالم به، بلفظ (لا يبيت أحد ثلاث ليال إلا ووصيته مكتوبة)، وقال أبو يعلى والطبراني: (لا ينبغي لأحد . . .).
رواه عبد الرزاق (١٦٣٢٦) وأحمد (٢/ ٣٤) وعبد بن حميد في مسنده (٧٢٧)، وابن حبان (٦٠٢٥) وأبو عوانة في مستخرجه (٥٧٤٢) من طريق معمر، **ورواه النسائي في المجتبى (٣٦١٨) وفي الكبرى (٦٤١٢) من طريق يونس، ورواه أبو عوانة في مستخرجه (٥٧٤٣) من طريق عقيل، كلهم عن الزهري، عن سالم به، بلفظ: (ما حق امرئ مسلم تمر عليه ثلاث ليال، إلا وعنده وصيته).**
ورواه أحمد (٢/ ١٢٧) من طريق جعفر بن برقان، عن الزهري به، بلفظ: (ما حق امرئ مسلم له مال يوصي فيه يبيت ثلاثًا إلا ووصيته عنده مكتوبة).
ورواه النسائي (٣٦١٩) من طريق يونس، ورواه مسلم في صحيحه (١٦٢٧)، والنسائي في المجتبى (٣٦١٩)، وفي الكبرى (٦٤١٣) وأبو عوانة في مستخرجه (٥٧٤١)، والبيهقي =

الوجه الثالث:

أن معنى الحديث كما قال الشافعي: ما الحزم والاحتياط لمسلم يبيت ليلتين إلا أن تكون وصيته مكتوبة؛ لأنه لا يدري متى يدركه الموت، خاصة أن الأصل في الوصية أنها من أعمال البر يتصدق بها المرء على نفسه، فكان من الحزم المبادرة في كتابتها خشية فجأة الموت، وليس هذا خاصًا في الوصية، بل مطلوب في كل أعمال البر[١].

(ح-١٠١٢) فقد روى البخاري من حديث عن عقبة، قال: **صليت وراء النبي ﷺ بالمدينة العصر، فسلم، ثم قام مسرعًا، فتخطى رقاب الناس إلى بعض حجر نسائه، ففزع الناس من سرعته، فخرج عليهم، فرأى أنهم عجبوا من سرعته، فقال: ذكرت شيئًا من تبر عندنا، فكرهت أن يحبسني، فأمرت بقسمته**[٢].

الوجه الرابع:

أن الحديث لو فرضنا أن ظاهره يدل على الوجوب فهو محمول على الوصية بالحقوق الواجبة على الإنسان، كأن يكون عليه دين، أو يكون عنده ودائع ولا طريق لثبوتها إلا من جهته، فتكون الوصية واجبة عليه؛ لتوقف أداء الواجبات على الوصية، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[٣].

= في السنن (٦/ ٢٧١) من طريق عمرو بن الحارث كلاهما، عن ابن شهاب به، بلفظ: (له شيء يوصي فيه).

(١) انظر شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٧٥)، مرقاة المفاتيح (٥/ ٢٠٣٥)، تحفة الأحوذي (٤/ ٤٢).

(٢) البخاري (٨٥١).

(٣) انظر إحكام الأحكام شرح عمدة الإحكام (٢/ ١٦١).

والقرينة على أن المراد بالوصية: الوصية بالحقوق الواجبة أن الحديث قال: (له شيء يوصي فيه) وهي رواية الصحيح، وعليها أكثر الرواة، وكلمة (شيء) نكرة، ولو أخذنا بظاهر الحديث لقلنا: إن الإنسان مأمور بالوصية إذا ترك أي مال مهما كان يسيرًا، والإجماع منعقد على أن الإنسان إذا ترك شيئًا يسيرًا لا تشرع له الوصية، فحمل الحديث على الوصية بالحقوق الواجبة.

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن من لم يكن عنده إلا اليسير التافه من المال أنه لا يندب إلى الوصية»(١).

وستأتي الآثار إن شاء الله عن الصحابة في ذلك في أدلة القائلين بالاستحباب.

الدليل الثاني:

(ح-١٠١٣) ما رواه عبد الرزاق، عن الثوري، عن الحسن بن عبيد الله، عن إبراهيم النخعي، قال: **ذكرنا أن زبيرًا وطلحة كانا يشددان في الوصية على الرجال، فقال: وما كان عليهما ألا يفعلا، توفي رسول الله ﷺ فما أوصى، وأوصى أبو بكر، فإن أوصى فحسن، وإن لم يوص فلا بأس.**

وجه الاستدلال:

التشديد في الشيء لا يكون إلا في الأمور الواجبة.

[لم أقف على قول الزبير وطلحة مسندًا عنهما، والنخعي لم يلق واحدًا منهما](٢).

(١) التمهيد (١٤/ ٢٩١)، وانظر شرح البخاري لابن الملقن (١٧/ ١٧٤).

(٢) المصنف (٩/ ٥٧) رقم: ١٦٣٣٢، ورواه الطبري في تفسيره (٣/ ١٣٤) إلا أن تفسير الطبري قال (زيدًا) بدلًا من كلمة (الزبير) ولعل الصواب ما في المصنف؛ لأني وجدت في شرح البخاري لابن الملقن (١٧/ ١٧٥) بلفظ (الزبير)، والله أعلم.

(ح-١٠١٤) نعم روى ابن أبي شيبة من طريق مالك بن مغول، عن طلحة، **قال: قلت لابن أبي أوفى: أوصى رسول الله ﷺ؟ قال: لا. قلت: فكيف أمر الناس بالوصية؟ قال: أوصى بكتاب الله**[١].

[وسنده صحيح].

فإن كان هذا هو المقصود من قول طلحة (فكيف أمر الناس بالوصية) فهذا ليس صريحًا في حكاية الوجوب، ولا خلاف في أن الإنسان مأمور بالوصية، وأنها مشروعة بكتاب الله، وبسنة رسوله ﷺ، ولكن السؤال: هل مشروعيتها على سبيل الاستحباب أو الإيجاب؟

ولعل السؤال عن الوصية بالخلافة، وليس السؤال عن الوصية بالمال.

❑ دليل من قال: إذا أوصى لأجنبي لم يستحق إلا ثلث الوصية.

أن الموصي لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث، والباقي رد على الورثة، وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية، كالورثة في استحقاق المال كله، فينفذ ثلث الوصية، ويكون الباقي ردًا على أقاربه غير الوارثين[٢].

❑ دليل من قال: الوصية ليست فرضًا، وتصح للقريب والأجنبي:

الدليل الأول:

أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لم يتركوا ذلك، ولنقل عنهم نقلًا ظاهرًا.

---

(١) المصنف - تحقيق عوامة - (٣١٥٨٤).

(٢) انظر المغني (٦/ ١٤٠).

(ث-٢٠٣) فقد روى الطبري من طريق أيوب، عن نافع، **أن ابن عمر، لم يوص وقال: أما مالي فالله أعلم ما كنت أصنع فيه في الحياة، وأما رباعي فما أحب أن يشرك ولدي فيها أحد**[1].

[إسناده صحيح].

وروي أن حاطب بن أبي بلتعة بحضرة عمر لم يوص[2].

(ث-٢٠٤) وروى الدارمي من طريق حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، **أن عليًا دخل على مريض، فذكروا له الوصية، فقال علي: قال الله: إن ترك خيرًا، ولما أره ترك خيرًا. قال حماد: فحفظت أنه ترك أكثر من سبعمائة**[3].

[ضعيف عروة لم يلق عليًا][4].

---

(١) تفسير الطبري (٣/ ١٣٣).

(٢) ذكره ابن حزم بدون إسناد، وضعفه بابن لهيعة، ولم أقف على إسناده، انظر المحلى (٨/ ٣٥٠)، وذكره ابن الملقن في شرحه للبخاري (١٧/ ١٧٦) بدون إسناد، وسكت عليه.

(٣) سنن الدارمي (٣٠٩٦).

(٤) الأثر رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٠٩٤٥) والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٧٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٧٠)، من طريق أبي خالد الأحمر.

ورواه الدارمي (٣٢٣٢) حدثنا محمد كناسة.

ورواه عبد الرزاق في المصنف (١٦٣٥١) ومن طريقه الطبري في تفسيره (٣/ ١٣٧)، عن معمر.

ورواه سعيد بن منصور في التفسير (٢٥١) والبيهقي (٦/ ٢٧٠)، والمقدسي في الأحاديث المختارة (٦٢٤) من طريق أبي معاوية.

ورواه الطبري في تفسيره (٣/ ١٣٦) من طريق عثمان بن الحكم الحزامي، وابن أبي الزناد، وابن أبي حاتم في تفسيره (١٥٩٩) من طريق عبدة بن سليمان، ورواه أيضًا (١٦٠٢) من طريق سفيان، كلهم عن هشام به. =

(ث-٢٠٥) وروى سعيد بن منصور، من طريق ابن جريج، عن ليث، عن طاوس، عن ابن عباس، قال: **إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوص.**

[ضعيف][١].

(ث-٢٠٦) وروى سعيد بن منصور قال: أخبرنا أبو معاوية، عن محمد بن شريك المكي، عن ابن أبي مليكة، عن عائشة، قالت: **قال لها رجل: إني أريد أن أوصي؟ قالت: كم مالك؟ قال: ثلاثة آلاف، قالت: كم عيالك؟ قال: أربعة، قالت: قال الله ﷻ: إن ترك خيرًا، وإن هذا الشيء يسير، فاتركه لعيالك، فهو أفضل**[٢].

[إسناده صحيح].

الدليل الثاني:

الإجماع، فقد سبق أن نقلت عن ابن عبد البر أنه قال: «أجمع العلماء على أن من لم يكن عنده إلا اليسير التافه من المال أنه لا يندب إلى الوصية»[٣].

= قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. فتعقبه الذهبي بقوله: فيه انق طاع. ويقصد الذهبي أن رواية عروة عن علي منقطعة كما ذكر ذلك أبو حاتم وأبو زرعة، انظر العلل لابن أبي حاتم (١/ ٥٤)، وجامع التحصيل (ص٢٨٩).

(١) رواه سعيد بن منصور في التفسير (٢٥٠)، ومن طريق سعيد بن منصور رواه البيهقي في السنن (٦/ ٢٧٠)، وفي إسناده ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف.
ورواه ابن أبي شيبة (عوامة) (٣١٥٨٨) حدثنا ابن جريج، عن ليث به.

(٢) سعيد بن منصور في التفسير (٢٤٨)، ومن طريق سعيد بن منصور أخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٢٧٠).
وراوه ابن أبي شيبة في المصنف (عوامة) (٣١٥٩١) حدثنا أبو معاوية به.

(٣) التمهيد (١٤/ ٢٩١)، وانظر شرح البخاري لابن الملقن (١٧/ ١٧٤).

الدليل الثالث:

أن العطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب[١].

الدليل الرابع:

وأما الدليل على صحة الوصية لغير الأقارب:

(ح-١٠١٥) ما رواه مسلم من طريق إسماعيل وهو ابن علية، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أبي المهلب، **عن عمران بن حصين، أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولا شديدًا**[٢].

قوله: (**وقال له قولًا شديدًا**): أي قال عنه، ففي مصنف عبد الرزاق: عن معمر، عن أيوب، وفيه: لو أدركته ما دفن مع المسلمين[٣].

وفي مسند أحمد وسنن النسائي من طريق الحسن، عن عمران: لقد هممت أن لا أصلي عليه[٤].

فقد دل هذا الحديث على صحة الوصية لغير القرابة، وأنه لا يرد منها شيء على القريب غير الوارث، والله أعلم.

---

(١) المرجع السابق (٦/ ١٣٨).
(٢) صحيح مسلم (١٦٦٨).
(٣) المصنف (١٦٧٤٩).
(٤) المسند (٤/ ٤٣٠)، والمجتبى (١٩٥٨).

❑ الراجح:

قول الجمهور أقوى، والوصية للقرابة ممن لا يرث أفضل من الأجنبي إذا تساووا في الحاجة، والغنى، كما رجحنا ذلك في الوقف، لكونه صدقة وصلة، والله أعلم.





المبحث الثاني
في أركان الوصية

[م-١٦٠٩] اتفق العلماء على أن الإيجاب - وهو اللفظ الصادر من الموصي - ركن في الوصية لا تنعقد الوصية بدونه، واختلفوا فيما زاد على ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن أركان الوصية الصيغة فقط وهي مجموع الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له، وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه[(١)].

القول الثاني:

أن ركن الوصية هو الإيجاب وحده، وهذا قول بعض الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة على خلاف بينهم في توصيف القبول هل يكون شرطًا، أو ليس بشرط بحيث تدخل الوصية في ملكه جبرًا كالميراث[(٢)].

جاء في حاشية ابن عابدين: «ركنها: الإيجاب والقبول. وقال زفر: الإيجاب فقط»[(٣)].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٢٧).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٠)، بدائع الصنائع (١/ ٣٣١)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٢٣-١٢٢٤)، القواعد لابن رجب (ص٩٦).

(٣) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٠).

ونقل ابن الهمام نقلًا من شرح الجامع الكبير للعتابي «أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر»[١].

وقال ابن نجيم: «وأما ركنها فقوله: أوصيت بكذا»[٢].

وقال في درر الحكام: «ركنها: قوله: أوصيت بكذا لفلان ونحوه، يشير إلى أن القبول شرط، كما قال في الخلاصة: الوصية يشترط فيها القبول، وذلك بالصريح، أو بالدلالة . . .»[٣].

وقال ابن عابدين: «كلام المصنف تبعًا لشراح الهداية، يشير إلى أن القبول شرط، لا ركن، وما في البدائع هو الموافق لما يذكرونه في سائر العقود كالبيع ونحوه، من أن الركن منهما»[٤]. يعني من الإيجاب والقبول.

وقال ابن شاس المالكي: «الركن الرابع: ما تكون به الوصية: وتكون بالإيجاب . . . والقبول شرط، ولا أثر له في حياة الموصي»[٥].

وقال ابن جزي: ويشترط قبول الموصى له إذا كان فيه أهلية للقبول كالهبة»[٦].

والفرق بين هذا القول وقول زفر: أن زفر يرى أن الوصية تنعقد بالإيجاب

---

(١) فتح القدير لابن الهمام (٥/ ٢٠٥).

(٢) البحر الرائق (٨/ ٤٦٠).

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٢٧).

(٤) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٠).

(٥) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٢٣-١٢٢٤).

(٦) القوانين الفقهية (ص٢٦٦).

وحده، ولا تفتقر إلى قبول، فهي تدخل ملك الموصى له جبرًا كالميراث، بينما هذا القول يرى أن القبول شرط في إفادة الملك، فلا يثبت الملك بدون القبول، وإن كان القبول ليس ركنًا في الوصية.

بل ذهب بعض الحنابلة بأن القبول ليس ركنًا حتى في عقد البيع، وإن كان شرطًا في انعقاده.

جاء في القواعد لابن رجب: «القبول شرط محض لانعقاد البيع وليس هو من ماهيته»(١).

❑ وجه من قال: إن القبول ليس ركنًا:

أن الوصية إذا كانت لجهة عامة كالفقراء والمساكين والمساجد فإن القبول ليس ركنًا فيها، ولو كان القبول ركنًا لوجب صدوره في كل صور الوصية؛ لأن الركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءًا داخلًا في حقيقته، فإذا وجدت الوصية في بعض صورها دون حاجة إلى القبول دل على أن القبول ليس جزءًا من الماهية، سواء قلنا: إن الوصية تنعقد بالإيجاب وحده كما قال زفر، أو قلنا: إن القبول شرط في ثبوت الملك.

وهذا قول قوي جدًا، فالوصية فيها شبه من الوقف إلا أن الوقف تمليك للمنفعة في الحياة، والوصية تمليك للعين بعد الموت، وقد ذكرنا في الوقف أنه ينعقد بالإيجاب وحده، لهذا حاول بعض الحنفية أن يوجهوا قول أبي حنيفة وصاحبيه.

---

(١) القواعد لابن رجب (ص٩٩).

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «ركن الوصية الإيجاب من الموصي، وعدم الرد من الموصى له، وهو أن يقع اليأس عن رده»[(١)].

وعدم الرد في الحقيقة ليس قبولًا؛ لأن القبول هو عمل إيجابي، وليس عملًا سلبيًا، فالساكت لا ينسب له قول، ولهذا لا يعتبر السكوت في عقد البيع والنكاح والإجارة ونحوها قبولًا إلا بقرينة.

القول الرابع:

أن أركان الوصية: أربعة: صيغة، وموص، وموصى له، وموصى به، وهذا مذهب الجمهور[(٢)].

جاء في التاج والإكليل: «أركانها وهي الموصي، والموصى به، والموصى له، وما يكون به الوصية»[(٣)].

وفي الشرح الكبير للدردير: «وأركانها أربعة: موص، وموصى له، وموصى به، وصيغة»[(٤)].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وأركانها أربعة: موص، ووصية، وموصى به، وموصى له»[(٥)].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٢).

(٢) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٤)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٠-٥٨١)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩، ٥٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، الوسيط (٤/ ٤٠٣)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٠)، إعانة الطالبين (٣/ ١٩٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٣)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٢).

(٣) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٤).

(٤) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢).

(٥) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٣).

❑ سبب الخلاف:

الخلاف بين الحنفية والجمهور في ركن العقد مطلقًا، سواء كان في عقد البيع، أو الإجارة، أو الوصية أو غيرها: ذلك أن الحنفية يرون أن الركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءًا داخلًا في حقيقته، وهذا خاص في الإيجاب والقبول، أما الموصي والموصى له، والموصى به فهي من لوازم العقد، وليست جزءًا من حقيقة العقد، وإن كان يتوقف عليها وجوده.

بينما الجمهور يرون أن الركن: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلًا، سواء أكان جزءًا من حقيقته أم لم يكن، ووجود الوصية يتوقف على الموصي، والموصى له، والموصى به، وإن لم يكن هؤلاء جزءًا من حقيقته.

ومذهب الحنفية أجود، وأدق في الجملة، والجمهور لا يطرد في تحديد الأركان، فاللوازم تارة يعتبرونها من الأركان، وتارة لا يدخلونها، فهم يجعلون الفاعل ركنًا في مثل عقد الوصية وعقد البيع والنكاح، ولا يجعلونه ركنًا في العبادات كالصلاة والحج، وإن كان لا يتصور قيام الحج والصلاة بدون فاعل.

هذا بيان لسبب الخلاف بين الحنفية والجمهور في ركن العقد.

أما الخلاف في عقد الوصية فالخلاف فيه أكثر من الخلاف في ركن العقد، ذلك أن الوصية أحيانًا تأخذ شكل الوقف إذا كان على جهة لا تملك، أو كان على عدد لا يمكن حصرهم، والقبول في هذه الحالة ليس ركنًا ولا شرطًا، بل تنعقد بالإيجاب وحده كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وإذا كانت الوصية لمعين كان لابد فيها من القبول لا من أجل أن العقد لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، بل لأجل ألا يدخل ملك الإنسان مال من غيره إلا

برضاه دفعًا للمنة والضرر، وفي هذه الحالة لا يكون القبول ركنًا في العقد بل هو شرط لثبوت الملك.

أصل ذلك: أن العقد متى كان عقد مبادلة من الطرفين كالبيع، والصرف، والسلم، فإنه لا يتم بالإيجاب وحده، بل لابد فيه من القبول، والقبول في هذه الحالة ركن العقد، لا يتصور قيام العقد بدونه.

وإذا كان العقد عقد تمليك بغير بدل كالوقف، والوصية، والهبة، فإنه لا يحتاج إلى قبول، بل يكفي الإيجاب وحده لقيام العقد.

والفرق بينهما: أن عقد المعاوضة لا يتم إلا بهما فما لم يوجد القبول لا يثبت الاسم.

وأما عقد التمليك بغير بدل فإنه يتم من المالك وحده؛ لأنه يلاقي ملكه لا غير، وهو أمر يقوم به وحده، فيتحقق الاسم بدون القبول، وإنما يحتاج إلى القبول لثبوت الحكم، وهو انتقال الملك، فكان القبول شرطًا للنفاذ، وليس ركنًا في العقد، والله أعلم[1].

وإذا كان الفقهاء لا يختلفون في الإيجاب بأنه ركن، فسوف نتكلم عن أنواع الإيجاب، من لفظ، أو إشارة، أو كتابة، ثم نتعرض بعد ذلك إن شاء الله تعالى إلى خلاف العلماء في منزلة القبول من عقد الوصية، ومتى تنعقد الوصية بالإيجاب وحده، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

❊ ❊ ❊

(١) انظر غمز عيون البصائر (٢/ ١٥٧).

الباب الثاني
في صيغة الوصية وما يتعلق بها من أحكام

الفصل الأول
في انعقاد الوصية باللفظ

لا يتعين في الوصية لفظ مخصوص.

ما دل على التمليك بغير عوض، وكان مضافًا إلى ما بعد الموت فهو وصية.

دليل الرضا كصريح الرضا.

دليل القبول كصريح القبول.

[م-١٦١٠] لا خلاف بين الفقهاء أن الوصية تنعقد باللفظ، وهو الأصل في التعبير عن الإرادة، وهو عند أكثرهم ينقسم إلى صريح وغير صريح، يسميه بعضهم كناية[(١)].

والصريح في باب الوصية: ما اشتملت الصيغة على لفظ الوصية، أو ما تصرف منها، وذلك نحو: أوصيت لفلان بكذا، أو هذا وصية لفلان، ونحو ذلك.

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، وانظر الخرشي (٨/ ١٦٩)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٣)، الوسيط في المذهب (٤/ ٤٢٩)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٦)، حاشية الجمل (٤/ ٤٨).

وغير الصريح: وهو ما يفهم منه الوصية لا باللفظ، ولكن بقرينة تدل على ذلك، كأن يقول: أعطوه، أو جعلت هذا له، أو ملكته بعد موتي[(١)].

وقيل: لا كناية في عقد الوصية، وهذا مذهب الحنابلة[(٢)].

وسبق في عقد البيع الفرق بين الصريح والكناية.

ولا يتعين للوصية لفظ مخصوص، بل تنعقد الوصية بكل لفظ يدل على معناها؛ فما دل على التمليك بغير عوض وكان مضافًا إلى ما بعد الموت؛ فهو معبر عن الوصية.

ولأن التبرع في القرآن والسنة لم يشترط له إلا طيب النفس.

قال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

وقال ﷺ: **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**[(٣)].

ومن المعلوم ضرورة من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون طيب النفس بطرق متعددة.

---

(١) الخرشي (٨/ ١٦٩)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٣)، منح الجليل (٩/ ٥٠٦) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٩٧).

(٢) الإنصاف (٨/ ٤٧٣)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير (٢/ ٢١).

(٣) معنى الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي بكرة عند البخاري (١٧٤١) ومسلم (١٦٧٩)، ورواه البخاري (١٧٣٩) من حديث ابن عباس (١٧٣٩)، ومسلم من حديث جابر (١٢١٨). وحرمة مال المسلم مقطوع به، مجمع عليه. هذا من حيث الفقه وأما دراسة الحديث من حيث الإسناد فقد سبق تخريج طرق الحديث في عقد الشفعة، انظر (١٠/ ١٥٩).

جاء في حاشية ابن عابدين: وركنها: قوله: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها»[١].

وقال الخرشي: «الوصية تكون بلفظ صريح، كأوصيت، وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية»[٢].

وقال ابن شاس المالكي: «وتكون بالإيجاب، ولا يتعين له لفظ مخصوص، بل كل لفظ يفهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة حصل الاكتفاء به، مثل قوله: أوصيت، أو أعطوه، أو جعلت له، ولو قال: هو له، وفهم من مراده بقرينة قصد الوصية فهو وصية»[٣].

وقال ابن تيمية: «تنعقد الوصية بكل لفظ يدل على ذلك»[٤].



---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٠)، وانظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٦٩١).

(٢) الخرشي (٨/ ١٦٩)، وانظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٣)، منح الجليل (٩/ ٥٠٦).

(٣) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٢٣).

(٤) مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٠٦).



الفصل الثاني
في انعقاد الوصية بالكتابة

الكتاب كالخطاب.

الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.

وقيل: الكتاب محتمل، والخط يشبه الخط.

لا عبرة بالخط. والأول أصح.

[م-١٦١١] اختلف العلماء في الوصية هل تثبت بالكتابة، أو لا يكفي الخط لثبوتة الوصية، بل لابد مع ذلك من الإشهاد عليها؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يعتمد الخط في ثبوت الوصية حتى يشهد عليها. وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، واختاره بعض الحنابلة(١).

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٢٩٦)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٥)، المنتقى للباجي (٦/ ١٤٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٢)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٠)، المقدمات الممهدات (٣/ ١١٢)، منح الجليل (٩/ ٥١٩)، شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ٧٦)، روضة الطالبين (٦/ ١٤١)، حاشية الجمل (٤/ ٤٨)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٦)، الإنصاف (٧/ ١٨٨).

وقال ابن شاس المالكي في عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٢٤): «ولو كتب بخطه وصيته، فوجدت في تركته، وعرف أنها خطه بشهادة عدلين فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها، وقد يكتب، ولا يعزم، رواه ابن القاسم في المجموعة والعتبية.

قال محمد - يعني ابن المواز - عن أشهب: ولو قرأها، ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول: إنها وصيتي، وإن ما فيها حق ... ». =

☐ دليل من قال: لا بد من الإشهاد:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [المائدة: ١٠٦].

ونوقش هذا:

لا يلزم من ذكر الإشهاد في الآية أنها لا تصح الوصية إلا به، فالآية تدل على ثبوت الوصية عن طريق الإشهاد، وهذا لا نزاع فيه، ولكنها لا تدل على أنها لا تثبت إلا بالإشهاد، وهو محل النزاع.

وقد اختلف القائلون بوجوب الإشهاد في كيفيته:

فقالت المالكية: إذا كتب الوصية، وقرأها على الشهود فلا تنفذ حتى يقول لهم: اشهدوا بأن هذه وصيتي، أو يقول: أنفذوها، وإذا كتبها، ثم ختمها، ثم أشهدهم على أن هذه وصيته، ولو لم يطلع الشهود على مضمونها، صحت الوصية، إن عرف أن الخاتم لم يفض، أو أقرها الموصي في يد غيره، ولم يسترده، فإن استرده كان هذا رجوعًا منه[1].

= وقال النووي في شرح صحيح مسلم (١١/ ٧٥-٧٦): «وأما قوله ﷺ: ووصيته مكتوبة عنده، فمعناه مكتوبة وقد أشهد، عليه بها، لا أنه يقتصر على الكتابة، بل لا يعمل بها، ولا تنفع إلا إذا كان أشهد عليه بها. هذا مذهبنا ومذهب الجمهور».

(١) البيان والتحصيل (١٣/ ٧٤)، شرح الخرشي (٨/ ١٧٣)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، الشرح الصغير (٤/ ٦٠١، ٥٨٨)، منح الجليل (٩/ ٥٢٠، ٥٧٣-٥٧٤).

وجاء في المدونة: (٦/ ١٣): «قال ابن القاسم: قلت لمالك: الرجل يوصي عند سفره، وعند مرضه، فيكتب وصيته ويضعها على يد رجل، ثم يقدم من سفره، أو يبرأ من مرضه، =

وخرج ابن عقيل الحنبلي ومن بعده رواية بعدم الصحة. أخذًا من قول الإمام أحمد ﷺ فيمن كتب وصيته وختمها. وقال: اشهدوا بما فيها، أنه لا تصح: أي شهادتهم على ذلك»[١].

جاء في حاشية الدسوقي: «الموصي إذا كتب وصيته بخطه، أو أملاها لمن كتبها، وقال للشهود: اشهدوا علي أن ما في هذه الوثيقة وصيتي، أو على أني أوصيت بما فيها، ولم يقرأها عليهم، فإنه يجوز لهم القدوم على الشهادة بأنه أوصى بما انطوت عليه هذه الوثيقة، فقول المصنف: ولهم الشهادة يعني أنه يجوز للشهود القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي، بأن يقولوا: نحن نشهد بأنه أوصى بما انطوت عليه هذه الوصية أي الوثيقة، وإن لم يقرأها عليهم، ولا فتح الكتاب لهم، ولو بقي الكتاب عنده إلى أن مات بشرط أن يشهدهم بما في كتاب وصيته، أو يقول لهم: أنفذوه، وبشرط أن لا يوجد في الوثيقة محو ولا تغير، وأن يعرفوا الوثيقة بعينها كذا قرر شيخنا العدوي»[٢].

❑ دليل المالكية على صحة الشهادة ولو لم يطلعوا على المضمون:

احتج المالكية بكتابة رسول الله إلى الملوك بتبليغ دعوته.

= فيقبضها ممن هي عنده، فيهلك، فتوجد الوصية بحالها، أو تقوم عليه البينة أنها هي، أترى أن تنفذ؟ قال: لا، وكيف تجوز، وهي في يده قد أخذها؟ فلعله أن يكون إنما أخذها ليؤامر نفسه فيها، وليس ممن يريد أن يجيز وصيته بأخذها ويجعلها على يدي نفسه، وإنما تنفذ إذا جعلها على يدي رجل.

قلت: أرأيت إن كتب وصيته وهو مريض، فأقرها عند نفسه وأشهد عليها ثم مات، أتجوز هذه الوصية في قول مالك؟ قال: نعم».

(١) الإنصاف (٧/ ١٨٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٤).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٠).

(ح-١٠١٦) فقد روى البخاري من طريق شعبة، عن قتادة، قال: **سمعت أنسًا ﷺ، يقول: لما أراد النبي ﷺ أن يكتب إلى الروم، قيل له: إنهم لا يقرؤون كتابًا إلا أن يكون مختومًا، فاتخذ خاتمًا من فضة، فكأني أنظر إلى بياضه في يده، ونقش فيه محمد رسول الله**[١].

وقد عمل بهذا الخلفاء الراشدون من بعده، فكانوا يكتبون إلى ولاتهم فيأخذون بها.

وقد استخلف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه، وختم عليه، ولا نعلم أحدًا أنكر ذلك مع شهرته، فيكون إجماعًا[٢].

وقالت الشافعية: كيفية الشهادة أن يطلع الشهود على مضمون الوصية، وذلك بأن يقرأ الشهود الوصية، أو تقرأ عليهم، ثم يقرها الموصي.

قال النووي: «ولو وجد له كتاب وصية بعد موته، ولم تقم بينة على مضمونه، أو كان قد أشهد جماعة أن الكتاب خطي، وما فيه وصيتي، ولم يطلعهم على ما فيه، فقال جمهور الأصحاب: لا تنفذ الوصية بذلك، ولا يعمل بما فيه حتى يشهد الشهود به مفصلًا»[٣].

❏ دليل الشافعية على وجوب اطلاع الشهود على مضمون الخطاب:

قال إمام الحرمين: «الخط لا معول عليه، وبيانه في حق الشاهد، أنه لو رأى خط نفسه في تحمل الشهادة، ولم يتذكر تحمله لها، فليس له اعتماد الخط في

---

(١) صحيح البخاي (٢٩٣٨)، ومسلم (٢٠٩٢).

(٢) انظر أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، سعود العسكر، رسالة علمية لم تطبع (ص٣١).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ١٤١).

إقامة الشهادة، وكذلك القاضي إذا رأى خطه متضمنًا إمضاء القضاء، فإن تذكره، جرى عليه، تعويلًا على الذكر دون الخط، وإن لم يذكره، توقف»[١].

ولأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع، فكذلك هنا[٢].

وأجاب ابن قدامة:

بأن الوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح بغيرها، ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر، وصحت للحمل، وبما لا يقدر على تسليمه، وبالمعدوم والمجهول، فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث[٣].

القول الثاني:

يجوز الاعتماد على الكتابة والخط المعروف، ولو لم يقترن ذلك بالشهادة، إذا ثبت أن هذا خطه بإقرار وارث، أو ببينة.

اختار هذا القول محمد بن نصر المروزي من الشافعية، وهو مذهب الحنابلة[٤].

وقد انتقد إمام الحرمين محمد بن نصر المروزي على اختياره، وما كان ينبغي له ذلك، وشدد في المسألة، وهي لا تحتمل:

جاء في نهاية المطلب: «ومما شهر من هفوات بعض الأئمة، وهم من المنتمين إلى أصحابنا ما حكي أن الأمير نصر بن أحمد، من أمراء خراسان،

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٤٩٥).

(٢) المغني (٦/ ٩٨).

(٣) المرجع السابق.

(٤) طرح التثريب (٦/ ١٩١)، فتح الباري (٥/ ٣٥٩)، روضة الطالبين (٦/ ١٤١)، الإنصاف (٧/ ١٨٨)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٧)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٥).

أراد أن يوصي بوصايا فيكتبها، فيعمل بكتابه، فاستشار العلماء، فلم يفتوا له بذلك، فاستشار محمد بن نصر المروزي، فأفتى له بالتعويل على كتابه إذا استوثق فيه، ووضعه على يد مأمون بمشهد أمناء، واحتج بظاهر الحديث (يعني حديث ابن عمر: ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده)، فحظي عنده، وارتفع قدره، وأجمع علماء الزمان على تخطئته»[(١)].

ومن اعتمد على ظاهر السنة حتى لو أخطأ لا يقال مثل هذا في حقه؛ إذ كيف يقال عن تمسكه بالسنة بأنه هفوة، ومن المبالغة القول بأن علماء الزمان مجمعون على تخطئته.

وجاء في الإنصاف: «وإن وجدت وصية بخطه صحت، هذا المذهب مطلقًا. قال الزركشي: نص عليه الإمام أحمد»[(٢)].

وقال ابن تيمية: «وتنفذ الوصية بالخط المعروف، وكذا الإقرار إذا وجد في دفتره، وهو مذهب الإمام أحمد»[(٣)].

❑ دليل من صحح الوصية اعتمادًا على الخط:

(ح-١٠١٧) ما رواه البخاري من طريق مالك، عن نافع، **عن ابن عمر** رضي الله عنهما: **أن رسول الله ﷺ قال: ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**[(٤)].

---

(١) نهاية المطلب (١٠/ ٧).

(٢) الإنصاف (٧/ ١٨٨).

(٣) الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٣٩).

(٤) البخاري (٢٧٣٨)، ورواه مسلم بنحوه (١٦٢٧).

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: (مكتوبة عنده) دليل على ثبوت الوصية بالكتابة ولو لم يقرن ذلك بالإشهاد، فمن كتب وصيته فقد امتثل أمر نبيه، ولذلك قال ابن عمر: لم أبت ليلة إلا ووصيتي مكتوبة عندي، ولم يزد على ذلك. ولو كانت الكتابة لا تغني إلا بالإشهاد لذكره النبي ﷺ، فلما لم يذكر مع الكتابة أمرًا زائدًا دل على صحة الاكتفاء بها، ولولا أن ذلك كاف، لما كان لكتابته فائدة؛ لأن الإشهاد وحده يغني عن الكتابة، وهل من البلاغة أن يترك النبي ﷺ ذكر الإشهاد مع كونه مطلوبًا، ومغنيًا عن الكتابة، ويذكر الكتابة وحدها، مع أن الاقتصار عليها لا ينفع، ولا يغني عن الإشهاد، هذا لا يصح في حق أفصح وأنصح الخلق، ومن أعطي جوامع الكلم، فلما اقتصر على الكتابة دل على صحة ثبوت الوصية بها، ولذلك في الديون لما كانت الكتابة وحدها لا تكفي طلب مع الكتابة الإشهاد، فقال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ إلى قوله ﷻ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فصح أن الوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها من الحقوق لكثرة تغيرها، وتجددها.

قال الصنعاني: «قال بعض أئمة الشافعية: إن ذلك خاص بالوصية، وأنه يجوز الاعتماد على الخط فيها من دون شهادة؛ لثبوت الخبر فيها؛ ولأن الوصية لما أمر الشارع بها، وهي تكون مما يلزم من حقوق ولوازم، كان حقها أن تجدد في الأوقات، واستصحاب الإشهاد في كل لازم يريد أن يتخلص منه خشية مفاجأة الأجل متعسر، بل متعذر في بعض الأوقات، فيلزم منه عدم وجوب الوصية أو شرعيتها بالكتابة من دون شهادة؛ إذ لا فائدة في ذلك، وقد ثبت الأمر

المذكور في الحديث بها فدل على قبولها من غير شهادة . . . والتحقيق أن المعتبر معرفة الخط فإذا عرف خط الموصي عمل به، ومثله خط الحاكم، وعليه عمل الناس قديمًا وحديثًا، وقد كان رسول الله ﷺ يبعث الكتب يدعو فيها العباد إلى الله، وتقوم عليهم الحجة بذلك، ولم يزل الناس يكتب بعضهم إلى بعض في المهمات من الدينيات والدنيويات، ويعملون بها، وعليه العمل بالوجادة كل ذلك من دون إشهاد»(١).

❑ **الراجح:**

بعد استعراض الخلاف أجد أن مذهب الحنابلة أقوى، بشرط:

أن يكون الخط معروفًا ومحافظًا عليه.

أن يتأكد أنه لا يوجد ما ينسخ هذه الوصية؛ لأن الوصية قابلة للتغيير والتجديد، والله أعلم.



(١) سبل السلام (٢/ ١٥٢).

الفصل الثالث
انعقاد الوصية بالإشارة

المبحث الأول
في الإشارة من الأخرس الأصلي

إشارة الأخرس المفهمة كالنطق.

كتابة الأخرس كإشارته.

[م-١٦١٢] تصح وصية الأخرس بالإشارة إذا كانت مفهمة، وكان خرسه أصليًا، وكذا سائر عقوده بلا خلاف.

قال النووي: «قال أصحابنا: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة، وبالكتابة بلا خلاف للضرورة، قال أصحابنا: ويصح بها جميع عقوده»[1].

وجاء في الموسوعة الكويتية: «اتفق الفقهاء على أن إشارة الأخرس المعهودة والمفهومة معتبرة شرعًا، فينعقد بها جميع العقود كالبيع، والإجارة، والرهن، والنكاح، ونحوها»[2].

وهل يشترط في قبول إشارة الأخرس أن يكون غير قادر على التعبير عن إرادته بطريق الكتابة.

توجه لهذه المسألة الحنفية، ولهم فيها قولان:

---

(١) المجموع (٩/ ٢٠١).

(٢) الموسوعة الكويتية (٣٠/ ٢١٠).

القول الأول:

هو المعتمد في المذهب أن وصيته بالإشارة صحيحة، وإن كان قادرًا على الكتابة؛ لأن النطق هو الأصل، فإذا عجز عنه رخص له في غيره.

قال ابن نجيم كما في غمز عيون البصائر: «واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة، أو لا، والمعتمد: لا»[١].

وقال في الهداية شرح البداية: «الإشارة معتبرة وإن كان قادرًا على الكتابة، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله، أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة»[٢].

القول الثاني:

أن الكتابة أقوى من الإشارة في الدلالة على الإرادة، فلا يصار إلى الإشارة مع قدرته على الكتابة[٣].

قال ابن عابدين نقلًا من كافي الحاكم الشهيد: «فإن كان الأخرس لا يكتب، وكان له إشارة تعرف في طلاقه، ونكاحه، وشرائه، وبيعه فهو جائز . . . فقد رتب جواز الإشارة على عجزه عن الكتابة، فيفيد أنه إن كان يحسن الكتابة لا تجوز إشارته»[٤].

وقال ابن الهمام نقلًا من الأصل: «وإن كان الأخرس لا يكتب وكانت له

---

(١) غمز عيون البصائر (٣/ ٤٥٤).

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٢٧٠).

(٣) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٥٢٧).

(٤) حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٤١).

إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة»[1].

ورده ابن الهمام، وحمله على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس، وهذا هو الراجح.



(١) فتح القدير (١٠/ ٥٢٧).



المبحث الثاني
في إشارة من اعتقل لسانه

معتقل اللسان ينزل منزلة الأخرس إن كانت إشارته مفهمة.

يقال: اعتقل بطنه: أي استمسك، واعتقل لسانه حبس فلم يقدر على الكلام فجأة لصعوبة، أو تعذر، أو استحالة، فهو خرس طارئ، وليس أصليًا.

[م-١٦١٣] وقد اختلف العلماء في إشارة من اعتقل لسانه على قولين:

القول الأول:

لا يعتد بإشارته حتى يمتد به ذلك، ويقع اليأس من قدرته على الكلام، فيكون بمنزلة الأخرس الأصلي، وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة، وقول في مذهب الشافعية[١].

وسئل سفيان الثوري: إذا سئل المريض عن الشيء فأومأ برأسه أو بيده فليس بشيء حتى يتكلم[٢].

وقال ابن قدامة في المغني: «فأما الناطق إذا اعتقل لسانه، فعرضت عليه وصيته، فأشار بها، وفهمت إشارته، لم تصح وصيته. ذكره القاضي، وابن عقيل. وبه قال الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة»[٣].

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٣٧)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٢٤)، المغني (٦/ ٢١٧)، المحرر (١/ ٣٧٦)، الإنصاف (٧/ ١٨٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٦).
(٢) مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤١٣٨) مسألة: ٢٩٥٤.
(٣) المغني (٦/ ٢١٧).

وقال في الإنصاف: وهو المذهب، نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب»[١].

□ دليل من قال: لا يعتد بالإشارة حتى يقع اليأس من قدرته على الكلام:

الدليل الأول:

الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة، ولا تكون كذلك إلا في الأخرس دون معتقل اللسان، ولذلك قلنا: إذا امتد به ذلك، وصارت له إشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس الأصلي.

الدليل الثاني:

أن الخرس الطارئ غير ميؤوس من نطق صاحبه، فلم تصح وصيته بالإشارة كالقادر على الكلام.

الدليل الثالث:

(ث-٢٠٧) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن مبارك، عن حماد بن سلمة، عن قتادة، عن خلاس: **أن امرأة قيل لها في مرضها: أوصي بكذا، أوصي بكذا، فأومأت برأسها فلم يجزه علي بن أبي طالب**[٢].

[إسناده ضعيف][٣].

---

(١) الإنصاف (٧/ ١٨٧).

(٢) المصنف (عوامة) (٣١٤٤٨).

(٣) قال البيهقي في السنن (٦/ ١٢٢) أهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس، عن علي. اهـ =

القول الثاني:

تصح وصية من اعتقل لسانه، وينزل منزلة الخرس الأصلي، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية، والمذهب عند الشافعية(١).

❑ تعليل من قال: تصح وصيته.

إذا عجز عن الكلام لم يكن هناك فرق بين الأخرس ومعتقل اللسان، فالواجب اللفظ مع القدرة عليه، فإذا عجز قامت الإشارة مقام العبارة، كما أنه لا فرق بين الوحشي الأصلي والمتوحش في حق الذكاة.

القول الثالث:

صحة الوصية بالإشارة مطلقًا من الأخرس ومن غيره. وهذا مذهب المالكية(٢).

وسوف نذكر إن شاء الله تعالى أدلتهم في المسألة التالية، ونذكر الراجح من أقوال أهل العلم.

= وقال أبو داود: لم يسمع من علي. جامع التحصيل (١٧٥).

وقال الإمام أحمد: كان يحيى بن سعيد لا يحدث عن قتادة، عن خلاس، عن علي، يعني كأنه لم يسمع منه، وكان يحدث عن قتادة عنه، عن عمار وغيره، كأنه يتوقى حديثه عن علي فقط، ويقول: ليس هي صحاحًا، أو لم يسمع منه.

وقال أحمد في موضع آخر: روايته عن علي رضي الله عنه من كتاب.

وكذا قال أبو حاتم، يقال: وقعت عنده صحف عن علي. جامع التحصيل (١٧٥).

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، روضة الطالبين (٦/ ١٤١، ٣١٧)، أسنى المطالب (٣/ ٤٢)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٦)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٦).

(٢) شرح حدود ابن عرفة (ص٥٣١)، وانظر مواهب الجليل (٦/ ٣٦٦)، منح الجليل (٩/ ٥٠٦).



المبحث الثالث
في إشارة القادر على النطق

إشارة الناطق المفهمة كعبارته.

[م-١٦١٤] اختلف العلماء في إشارة القادر على النطق على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا تصح الوصية بالإشارة للقادر على النطق، وهو مذهب الجمهور(١).

قال ابن نجيم: الإشارة من الناطق باطلة في وصية وغيرها ...»(٢).

وقال في أسنى المطالب: «وتصح بالإشارة المفهمة من العاجز عن النطق كالأخرس دون القادر عليه»(٣).

❑ واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

الدليل الأول:

قال ابن قدامة: لا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصية، ولا إقرار(٤).

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣١٧)،

(٢) غمز عيون البصائر (٣/ ٢٦٨)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٥٢٤)، أسنى المطالب (٣/ ٧٠) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج (٧/ ٩١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٤)، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٦/ ٦٤)، المغني (٦/ ٢١٧).

(٣) أسنى المطالب (٣/ ٧٠).

(٤) المغني (٦/ ٢١٧).

وحكاية الإجماع فيها نظر.

الدليل الثاني:

أن الإشارة أدنى درجة في الإفصاح عن الإرادة من العبارة الملفوظة، أو المكتوبة، فلا يصار إليها مع القدرة على النطق خاصة أن الأمر يتعلق بالحقوق المالية، فيحتاط للحقوق؛ لأن الأمر إما أن يثبت الحق للوارث أو للموصي له.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى صحة الوصية بالإشارة مطلقًا، حتى ولو كان قادرًا على النطق، من غير فرق بين حقوق الله وحقوق الآدميين كالعقود والإقرار والوصية، وهو مذهب الإمام البخاري وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم(١).

وقال الحافظ في الفتح: وقد اختلف العلماء في الإشارة المفهمة، فأما في حقوق الله فقالوا: يكفي ولو من القادر على النطق . . .»(٢).

قال الحطاب: قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والإشارة»(٣). فسوى بين اللفظ، والكتابة، والإشارة.

وقال الخرشي: الوصية تكون بلفظ صريح كأوصيت، وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية كالإشارة، وظاهره ولو من القادر خلافًا لابن شعبان»(٤).

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٢٣٠) و (٢٩/ ٧)، أعلام الموقعين (١/ ٢١٨).

(٢) فتح الباري (٩/ ٤٣٨).

(٣) شرح حدود ابن عرفة (ص٥٣١)، وانظر مواهب الجليل (٦/ ٣٦٦)، منح الجليل (٩/ ٥٠٦).

(٤) شرح الخرشي (٨/ ١٦٩).

وجاء في الفواكه الدواني: «صيغتها: هي كل ما يفهم منه الوصية من لفظ، أو إشارة، ولو من قادر على الكلام، أو خط، ولكن لا يجب تنفيذها إلا بإشهاد الموصي عليها»(١).

وفي الشرح الصغير: وصيغة: بلفظ يدل بل ولو بإشارة مفهمة ولو من قادر على النطق»(٢).

وقال البخاري في صحيحه: باب الإشارة في الطلاق والأمور، ثم ساق البخاري جملة من الأحاديث معلقة وموصولة، على اعتبار الإشارة، وسوف نسوق أكثر هذه الأحاديث في الأدلة.

❑ دليل من قال: قبول الإشارة المفهمة من الناطق وغيره:

الدليل الأول:

سمى الله ﷻ الإشارة قولًا، بقوله تعالى: ﴿فَقُولِىٓ إِنِّى نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا﴾ [مريم: ٢٦].

أي قولي ذلك بالإشارة، فلو كان المراد قول اللسان لأفسدت نذرها.

قال ابن كثير: «المراد بهذا القول الإشارة إليه بذلك، لا أن المراد به القول اللفظي لئلا ينافي فلن أكلم اليوم إنسيا»(٣).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد فهم القوم إشارة مريم، وأجابوها

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣).

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٤).

(٣) تفسير ابن كثير (٣/ ١١٩).

بقولهم: كيف نكلم من كان في المهد صبيًا، ولم يعترضوا عليها بأنهم لم يفهموا ما تريده منهم. فنزلت الإشارة منزلة الكلام حتى من القادر على النطق.

الدليل الثاني:

لا يوجد نص صريح على اشتراط لفظ معين في عقد الوصية، ولا في غيره من العقود، وإنما المطلوب ما يدل على الرضا بين الطرفين، من قول أو فعل أو إشارة، ومناط ذلك العرف الذي يحكم بأن هذا اللفظ أو الإشارة أو الفعل يدل على الرضا أو لا، فإذا كان الأمر كذلك فالعرف جار بين المسلمين على أن الإشارة المفهومة يحصل منها الرضا.

يقول ابن القيم: «من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده، ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو بإيماءة، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطردة لا يخل بها...»[(١)].

الدليل الثالث:

(ح-١٠١٨) ما رواه البخاري من طريق الأسود ابن قيس، حدثنا سعيد بن عمرو، **أنه سمع ابن عمر ﭬ، عن النبي ﷺ أنه قال: إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا. يعني مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين.**

[رواه البخاري][(٢)].

---

(١) أعلام الموقعين (١/ ١٦٧).

(٢) صحيح البخاري (١٧٨٠)، ورواه مسلم بنحوه (١٠٨٠).

وجه الاستدلال:

نزل الرسول ﷺ إشارته بأصبعه الشريفة منزلة نطقه، ودلت إشارته إلى أن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يومًا، وقد يكون ثلاثين.

الدليل الرابع:

(ح-١٠١٩) ما رواه البخاري من طريق ابن وهب، قال: أخبرني عمرو، عن سعيد بن الحارث الأنصاري، **عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: اشتكى سعد بن عبادة شكوى له، فأتاه النبي ﷺ يعوده مع عبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعبد الله ابن مسعود رضي الله عنهم، فلما دخل عليه فوجده في غاشية أهله، فقال: قد قضى؟ قالوا: لا يا رسول الله، فبكى النبي ﷺ، فلما رأى القوم بكاء النبي ﷺ بكوا فقال: ألا تسمعون، إن الله لا يعذب بدمع العين، ولا بحزن القلب، ولكن يعذب بهذا، وأشار إلى لسانه، أو يرحم** ... الحديث[1].

فاستخدم الرسول ﷺ إشارته في معرض التبليغ للأمة، وكانت مفهومة حيث حصل بها البلاغ مع قدرته على النطق.

الدليل الخامس:

(ح-١٠٢٠) ما رواه البخاري من طريق عبد الله بن أبي قتادة

أن أباه أخبره أن رسول الله ﷺ خرج حاجًا، فخرجوا معه، فصرف طائفة منهم - فيهم أبو قتادة - فقال: خذوا ساحل البحر حتى نلتقي، فأخذوا ساحل البحر، فلما انصرفوا أحرموا كلهم إلا أبا قتادة لم يحرم ... وفي الحديث:

(١) صحيح البخاري (١٢٢١)، ومسلم (٩٢٤).

قالوا: يا رسول الله، إنا كنا أحرمنا، وقد كان أبو قتادة لم يحرم، فرأينا حمر وحش، فحمل عليها أبو قتادة، فعقر منها أتانًا، فنزلنا، فأكلنا من لحمها، ثم قلنا: أنأكل لحم صيد، ونحن محرمون، فحملنا ما بقي من لحمها. قال: **أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟** قالوا: لا. قال: **فكلوا ما بقي من لحمها**[١].

وجه الاستدلال:

قوله: (أو أشار إليها) حيث جعل الإشارة إلى الصيد وهو محرم في حكم من قام بالصيد حال الإحرام في تحريم الأكل.

الدليل السادس:

(ح-١٠٢١) ما رواه البخاري من طريق شعبة، عن هشام بن زيد، عن أنس رضي الله عنه **أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها، فقتلها بحجر، فجيء بها إلى النبي ﷺ، وبها رمق، فقال: أقتلك فلان؟ فأشارت برأسها أن لا، ثم قال الثانية: فأشارت برأسها أن لا، ثم سألها الثالثة، فأشارت برأسها أن نعم، فقتله النبي ﷺ بحجرين**[٢].

□ الراجح:

الاعتداد بالإشارة المفهمة مطلقًا سواء كان من الأخرس، أو من القادر؛ وإذا شك في دلالتها على المراد فالأصل عدم انعقاد الوصية، والله أعلم.

---

(١) البخاري (١٨٣٤)، ورواه مسلم (١١٩٦).

(٢) البخاري (٦٨٧٩)، ومسلم (١٦٧٢).

الفصل الثالث
في قبول الوصية

المبحث الأول
في توقف انعقاد الوصية على القبول

لا يملك أحد أن يدخل شيئًا في ملك غيره بغير رضاه.

القبول: هو الرضا بما دل عليه الإيجاب.

وهو على قسمين:

صريح: كالقبول باللفظ: كقوله: قبلت، أو رضيت، وهذا بالاتفاق.

وغير صريح: كالقبول بما يقوم مقام اللفظ من الأخذ، والفعل الدال على الرضا، وهو داخل في انعقاد الوصية بالمعاطاة.

والجمهور على صحته خلافًا للشافعية.

جاء في فتاوى الرملي: «يشترط في قبول الوصية اللفظ، وفي معناه إشارة الأخرس»(١).

وسوف نبحث هذه المسألة إن شاء الله تعالى في مبحث مستقل.

وقد تكلمت في مسألة سابقة عن أركان الوصية، ومحل القبول من الأركان.

[م-١٦١٥] وقد اختلف الفقهاء في توقف انعقاد الوصية على القبول على قولين:

---

(١) فتاوى الرملي (٣/ ١٢٤).

القول الأول:

أن الوصية تنعقد بالإيجاب من الموصي فقط، وهذا قول زفر من الحنفية، وقول في مذهب الحنابلة[١].

نقل ابن الهمام من شرح الجامع الكبير للعتابي «أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر»[٢].

وقال ابن رجب: «السبب المستحق هو الإيصاء، وشرط الاستحقاق هو الموت، وعليه يترتب الاستحقاق به وجود أهلية المستحق فيكفي في ثبوت الملك، هذا إذا قلنا: إن الوصية تملك بالموت من غير قبول»[٣].

القول الثاني:

أن الوصية إن كانت لجهة كالفقراء الذي لا يمكن حصرهم انعقدت بالإيجاب من الموصي فقط، وإن كانت الوصية لمعين كزيد، فلا تنعقد إلا بقبوله بعد موت الموصي، ما لم تكن الوصية بالعتق. وهذا مذهب الأئمة الأربعة[٤].

على خلاف بينهم في اشتراط القبول، إذا مات الموصى له بعد موت الموصي

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٢٧)، القواعد لابن رجب (ص٩٦، ٤٥٩)، الإنصاف (٧/ ٢٠٣).

(٢) فتح القدير لابن الهمام (٥/ ٢٠٥).

(٣) قواعد ابن رجب (ص٩٦) وانظر أيضًا (ص١٤٩).

(٤) البناية شرح الهداية (١٣/ ٤٠٣)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٢٤)، التاج والإكليل (٦/ ٣٦٦)، الخرشي (٨/ ١٦٩)، منح الجليل (٩/ ٥٠٧)، المهذب (٢/ ٣٤٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧١)، روضة الطالبين (٦/ ١٤١-١٤٢)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٧٠)، المغني (٦/ ٥). =

وقبل صدور القبول، أو الرد، وفي الوصية للجنين. وسيأتي بحثهما إن شاء الله تعالى.

❑ دليل من قال: تنعقد بالإيجاب فقط:

الدليل الأول:

أن الملك بالوصية بمنزلة الملك بالإرث باعتبار أن الملك فيهما لا ينتقل إلا بشرط الموت، فإذا كان ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، فكذلك ملك الموصى له.

ونوقش هذا:

بأن هناك فرقًا بين الملك في الميراث والملك في الوصية، فالملك في الوصية متلقى من الشارع، فلهذا يدخل الملك في الميراث جبرًا بدون اختيار؛ لأن الشارع له ولاية الإلزام، بخلاف الملك في الوصية فهو متلقى من الموصي، وهو لا يملك إلزام الموصى له بالوصية، فكان لابد من قبوله.

وفرق آخر: «أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يرد عليه بالعيب، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره بخلاف

= ويرى الشافعية خلافًا للجمهور أن الوقف على المسجد من قبيل الوقف على المعين، فيشترط قبول ناظره، كقبول ولي الصبي والمجنون.
انظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ١٦٦).
وجاء في مغني المحتاج: (٣/ ٥٣) «لو كانت - يعني الوصية - لمعين غير آدمي كمسجد، فهل نقول: ناظر الوقف كالولي أو يكون كالوصية لجهة عامة؟
قال الأذرعي: لم يحضرني فيه نص، والثاني: أقرب.
وقال ابن الرفعة: لا بدمن قبول قيم المسجد فيما نظنه ...».

الميراث؛ لأنه خلافة حتى تثبت فيها هذه الأحكام فتثبت جبرًا من الشرع من غير قبول»[١].

الدليل الثاني:

أن الموصي إذا مات قبل صدور القبول فلا يمكن أن يكون ملك الوصية فيه للوارث؛ لأن الله تعالى قال: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]. ولا يمكن أن يكون الملك للميت؛ لأنه صار جمادًا لا يملك شيئًا، فثبت أن الوصية تستحق بالموت وقبل صدور القبول، ولذلك لو قال: عبدي هذا حر بعد موتي كان من الثلث، وصار حرًا بموته، ولم يتوقف ذلك على القبول[٢].

وقد خالفت الوصايا سائر العقود تحصيلًا لمصالحها، من ذلك:

أنه يجوز أن يتراخى القبول عن الإيجاب، مع أن الأصل أن شرط القبول الاتصال بالإيجاب فإن تأخر تأخرًا يشعر بالإعراض بطل الإيجاب، وكذلك جاز فيها أن يوصي بما لا يملك حال الوصية، وجاز فيها تعليق نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على موافقة الورثة مع أن جمهور الفقهاء لا يرون صحة تعليق العقود[٣].

الدليل الثالث:

أن الموصي إذا أوصى في مرضه بعتق عبده بعد موته فإن العبد يعتق من الثلث بمجرد الموت، ولا يتوقف ذلك على القبول، فكذلك سائر الوصايا.

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤).
(٢) انظر المغني (٦/ ٧٠).
(٣) انظر قواعد الأحكام (٢/ ١٤٧).

جاء في المبسوط: «ولو أوصى بأن يعتق عبده، وأبى العبد أن يقبل ذلك فإنه يعتق من الثلث»[١].

وجاء في تهذيب المدونة: «قال مالك: ومن أوصى في مرضه بعتق عبده فلم يقبل العبد، فلا قول له، ويخرج إذا مات سيده من الثلث إن حمله الثلث، أو ما حمل الثلث منه»[٢].

وفي حاشية الدسوقي: «(قوله وقبول المعين) أي لغير عتقه، وأما العتق فلا يحتاج لقبول»[٣].

وجاء في مغني المحتاج: «ومحل اشتراط القبول من المعين في غير العتق، فلو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي لم يفتقر إلى قبول العبد؛ لأن فيه حقًا لله تعالى فكان كالجهة العامة»[٤].

وقد يقال: بأن العتق من قبيل الإسقاط فهو يفارق سائر الهبات، ولهذا لو أعتقه في حياته لم يتوقف الأمر على قبول العبد مع أن الهبة في الحياة لا تلزم بالإيجاب وحده، ويتوقف نفاذها على قبول الموهوب.

الدليل الرابع:

أن الموصى له إذا مات بعد موت الموصي وقبل قبوله أو رده، فإن الوصية تنتقل إلى ورثة الموصى له بدون قبول، فدل على أن الملك في الوصية لا يتوقف

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٩).

(٢) التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٣٤).

(٣) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٥٣).

على القبول[١].

ويجاب:

بأن هذه المسألة قد وقع فيها خلاف بين العلماء، وما كان متنازعًا في صحته لم يكن صالحًا للاحتجاج، وسوف نناقش إن شاء الله تعالى هذه المسألة في مبحث خاص.

❑ دليل من قال: الوصية لا تنعقد إلا بالقبول:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩].

وجه الاستدلال:

أن الإنسان لا يكون له شيء بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت له الملك بغير سعيه، وهذا منفي إلا ما خص بالدليل.

ويعارض هذا:

بأن الصدقة عن الأقارب تصل إليهم، وليست من سعيهم، ولم تتوقف على قبولهم، فلم يكن سياق الآية في مثل هذه المسألة.

الدليل الثاني:

أن الوصية تمليك للمال بالعقد، فلا يثبت إلا بالقبول أو ما يقوم مقامه كسائر العقود[٢].

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٦/ ٢١٠)، قواعد ابن رجب (ص٣١٦).

(٢) المبسوط (٢٨/ ٤٧).

الدليل الثالث:

أن الملك لو ثبت بدون اشتراط القبول لأدى ذلك إلى الإضرار بالموصى له من وجهين:

الوجه الأول:

دفع احتمال حصول المنة على الموصى له إذا ثبت الملك له بدون اختياره، فإذا كانت الزكاة، والتي هي حق للفقير، ومتلقاة من الشارع، لا تدخل ملك الفقير بدون قبوله، فالوصية المتلقاة من الموصي من باب أولى[(١)].

الوجه الثاني:

أن الموصى به قد يكون شيئًا يتضرر به الموصى له، كما إذا كان الموصى به حيوانًا زمنًا أو أعمى لا نفع فيه، فلو كان يدخل ملكه بدون اشتراط قبوله للحقه ضرر من وجوب النفقة عليه[(٢)].

قال الشافعي: «للموصى له قبول الوصية وردها، لا يجبر أن يملك شيئًا لا يريد ملكه بوجه أبدًا، إلا بأن يرث شيئًا، فإنه إذا ورث لم يكن له دفع الميراث، وذلك أن حكمًا من الله ﷻ أنه نقل ملك الموتى إلى ورثتهم من الأحياء، فأما الوصية، والهبة، والصدقة وجميع وجوه الملك غير الميراث فَالْمُمَلَّكُ لها بالخيار، إن شاء قبلها، وإن شاء ردها، ولو أنا أجبرنا رجلًا على قبول الوصية أجبرناه إن أوصى له بعبيد زمني أن ينفق عليهم، فأدخلنا الضرر عليه، وهو لم يحبه، ولم يدخله على نفسه»[(٣)].

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٢).

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) الأم (٤/ ١٠٢).

❑ الراجح:

أن الوصية تنعقد بالإيجاب وحده، إلا أن القبول يعتبر شرطًا في لزوم الوصية، وليس في انعقادها، وبينهما فرق، فالوصية تنعقد بالإيجاب وحده، وتلزم بالقبول بعد موت الموصي، والله أعلم.



المبحث الثاني
في موت الموصى له قبل القبول

[م-١٦١٦] إذا صدر الإيجاب من الموصي، ثم مات ولم يصدر عنه ما ينسخ هذا الإيجاب ثبت للموصى له حق التملك، وكان له الحق إن شاء قبل، وإن شاء رد، فإن مات الموصى له قبل القبول، فهل ينتقل هذا الحق إلى ورثته باعتبار أن هذا الحق حق مالي، فينتقل إلى ورثته كسائر حقوقه، ويكون لهم الحق في القبول أو الرد؟

أو أن الاختيار بين القبول و الرد ليس حقًا ماليًا، وإنما يتعلق بالشخص، فإذا مات فقد فات، فتبطل الوصية؟

في ذلك خلاف بين العلماء:

القول الأول:

أن الموصى له إذا مات قبل القبول ملك الوصية بموته دون حاجة إلى قبول، وتنتقل إلى ملك الورثة استحسانًا. وهذا مذهب الحنفية، وقول للمالكية خلاف المشهور، وقول في مذهب الحنابلة[1].

قال أحمد الحموي: «يدخل الموصى به في ملك الموصى له إذا مات الموصى له استحسانًا، والقياس أن تبطل الوصية؛ لأن أحدا لا يقدر على إثبات

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٤٢)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢١٠)، فتح القدير (١٠/ ٥٠٧)، البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩، ٤١٠)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٠)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥٢)، القواعد لابن رجب (ص٤٥٩)، الإنصاف (٧/ ٢٠٣).

الملك لأحد بدون اختياره، فصار كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع.

وجه الاستحسان: أن الوصية عن جانب الموصي قد تمت بموته تمامًا، لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما يتوقف لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات من له الخيار قبل الإجازة»[١].

وعلل بعض الحنفية بتعليل آخر، معناه:

«أن القبول عندهم: هو عبارة عن عدم الرد، فمتى وقع اليأس عن رد الموصى له اعتبر قابلًا حكمًا»[٢].

وقال ابن رشد: «إذا أوصى له.. فقيل أيضا: إنها لا تجب له حتى يقبل بعد موت الموصي، وهو المشهور.

وقيل: إنها تجب له بموت الموصي قبل القبول.

فعلى هذا: إن مات الموصى له بعد موت الموصي قبل أن يقبل أو يرد يجب لورثته، ولا يكون لهم أن يردوها لورثة الموصي إلا على سبيل الهبة إن قبلوها.

وعلى القول الأول ينزل ورثة الموصى له منزلته في القبول إن مات قبل أن يقبل.

وقد قيل: إنها تبطل إن مات قبل أن يقبل حكى ذلك عبد الوهاب عن أبي بكر الأبهري، وبالله التوفيق»[٣].

(١) غمز عيون البصائر (٣/ ٤٦٣).
(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٢).
(٣) البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩).

القول الثاني:

للورثة القبول أو الرد، وهذا مذهب المالكية، والشافعية، وأحد القولين في مذهب الحنابلة.

قالت المالكية: إلا أن يريد الموصي الموصى له بعينه فليس لوارثه القبول[١].

قال الخرشي: «فلو مات المعين قبل القبول فلوارثه القبول، مات قبل العلم أو بعده - يعني قبل علمه بالوصية أو بعده - اللهم إلا أن يريد الموصي الموصى له بعينه فليس لوارثه القبول»[٢].

وقال السيوطي: «كل من ثبت له قبول فات بموته إلا الموصى له فإنه إذا مات قام وارثه مقامه»[٣].

وجاء في الهداية على مذهب الإمام أحمد: «فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية، وإن مات بعده وقبل القبول قام وارثه مقامه في القبول والرد. اختاره الخرقي

وقال شيخنا: تبطل الوصية على قياس قوله في خيار الشفعة، وخيار الشرط.

وعندي: أنه يتخرج في جميع الخيارات وجهان»[٤].

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، الخرشي (٨/ ١٦٩)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٣)، التاج والإكليل (٦/ ٣٦٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٠)، أسنى المطالب (١/ ٣٩٣)، مغني المحتاج (٣/ ٥٤)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٥٨)، القواعد لابن رجب (ص٣١٦)، الإقناع في فقه الإمام أ[illegible] (٣/ ٥٢).

(٢) الخرشي (٨/ ١٦٩).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٠).

(٤) الهداية على مذهب الإمام أحمد (١/ ٣٤٤).

❑ **حجة القول بذلك:**

الدليل الأول:

أن حق القبول ثبت للمورث، فينتقل إلى الوارث بعد موته، لقوله ق من ترك حقًا فلورثته[١].

ويناقش ذلك من وجهين:

الوجه الأول:

أن حق القبول المقصود به حق التملك، وحق التملك لا يقبل المعاوضة كحق التنقل، وليس حق التملك أقوى من حق الملك، وهو ثابت للوارث.

الوجه الثاني:

أن ما يروى من الفقهاء من ترك حقًا فلورثته لا يوجد بهذا اللفظ، وسبق الكلام عليه في عقد البيع[٢].

الدليل الثاني:

أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين فلا يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما[٣].

ويناقش:

بأن شرط الخيار لم يثبت لصاحبه إلا بعد صدور القبول، فكذلك التملك في عقد الوصية لا يثبت قبل صدور القبول.

---

(١) انظر كشاف القناع (٤/ ٣٤٦).

(٢) انظر المجلد (٦/ ١٧٣) من هذه الموسوعة.

(٣) انظر المرجع السابق.

الدليل الثالث:

الوصية لا تبطل بموت الموجب لها، فلم تبطل بموت الآخر[١].

ويناقش:

بأن الوصية عقد لازم في حق الموجب بشرطين: أن يصدر منه الإيجاب، وأن يموت وهو ولم يرجع عنه، فلا يقاس عليه الموصى له قبل صدور القبول منه.

الدليل الرابع:

أن كل مال يستحق من التركة لا يسقط بالموت كالدين[٢].

ويناقش:

بأن الدين لا يستحق قبل ثبوته، فكذلك الوصية لا تثبت ولا تستحق إلا إذا صدر القبول من الموصى له.

الدليل الخامس:

أن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكها لا يبطل بموت المستحق قبل تملكها كالرد بالعيب[٣].

ويناقش:

الحق لا يبطل بموت المستحق، والموصى له قبل صدور قبوله لا يستحق شيئًا.

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) انظر الحاوي الكبير (٨/ ٢٥٨).

(٣) انظر المرجع السابق.

الدليل السادس:

أن هناك فرقًا بين الوصية والهبة من حيث إن الهبة قبل القبض لازمة، فجاز أن تبطل بالموت، والوصية قبل القبول لازمة فلم تبطل بالموت[١].

ويناقش:

بأن الكلام ليس على منزلة القبض من الهبة والوصية، وإنما الكلام على ثبوت الحق قبل القبول، فالهبة لا يثبت الحق قبل القبول ولو كان المال الموهوب مقبوضًا، فكذلك الوصية لا تثبت قبل صدور القبول من الموصى له.

القول الثالث:

أن الوصية تبطل بموت الموصى له، وهو أحد القولين في مذهب الحنابلة، وحكي عن الأبهري من المالكية، وقال إمام الحرمين من الشافعية: هو مقتضى القياس[٢].

جاء في قواعد ابن رجب: «المنصوص عن أحمد: أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها إليه، كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره، وهو اختيار القاضي والأكثرين إذا مات قبل القبول . . .»[٣].

وقال ابن قدامة: «ذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله، بطل العقد، كالهبة. قال

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٨/ ٢٥٨).

(٢) القواعد لابن رجب (ص٣١٦)، المحرر (١/ ٣٨٤)، البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٠)، الذخيرة (٧/ ١٥٢).

(٣) القواعد لابن رجب (ص٣١٦).

القاضي: هو قياس المذهب؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه، فبطل بالموت، كخيار المجلس، والشرط، وخيار الأخذ بالشفعة»[١].

ورأى إمام الحرمين أن القول ببطلان الوصية هو مقتضى القياس لو كان قال به أحد.

قال في نهاية المطلب: «وكان ينقدح في القياس القضاء ببطلان الوصية، لو كان مذهبًا لذي مذهب؛ من جهة أن الموصى له قد مات، ففرض القبول من غيره وليس القابل موصى له بعيد»[٢].

❑ وجه هذا القول:

أن الوصية تمليك يفتقر إلى القبول فإذا مات قبل القبول لم يتم كالبيع.

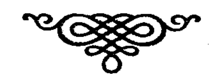
❑ الراجح:

أن الوصية تبطل بموت الموصى له؛ لأن القبول مطلوب من الموصى له، والوارث ليس موصى له فكيف يصح قبوله؟ فإذا كنا نقول: إن القبول شرط، أو ركن فإن القياس بطلان الوصية بفوات القبول من الموصى له؛ ولأن الموصى له قبل قبوله لم يثبت له حق حتى ينتقل إلى وارثه؛ لأن حق الملك لا يثبت إلا بالقبول، وأما حق التملك فليس حقًا ماليًا قابلًا للانتقال فهو كحق الانتقال، وحق الرأي وإلا لقلنا: إذا صدر الإيجاب في عقد البيع أثبت للمشتري حق التملك قبل قبوله، فإذا مات انتقل إلى وارثه، وإذا تعارض حق الملك لوارث

(١) المغني (٦/ ١٥٥).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢١٩).

الوصي، وحق التملك لوارث الموصى له، فإن حق الملك أقوى من حق التملك، والله أعلم.



المبحث الثالث
في قبول الوصية بعد ردها في حياة الموصي

رد الوصية بمنزلة القبول لا يصح إلا بعد موت الموصي.

الوصية إيجاب معلق بالموت فلا عبرة بالقبول والرد قبل الموت.

[م-١٦١٧] إذا أوصى رجل لرجل بوصية فلا حكم للقبول في حياة الموصي؛ فيملك الموصي الرجوع عن الوصية قبل موته، وهذا لا خلاف فيه.

ولو رد الموصى له قبل موت الموصي، فقد اختلف العلماء في حقه في القبول بعده على قولين:

القول الأول:

أن له القبول بعده، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة[1].

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «وقبول الوصية بعد الموت حتى لو

---

(١) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٢٧)، المبسوط (٢٨/ ٤٧)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٣)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٧)، شرح الخرشي (٨/ ١٦٩)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٤)، منح الجليل (٩/ ٥٠٧)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٣)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٦٢)، المهذب (٢/ ٣٤٥)، نهاية المطلب (١١/ ١٥٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٢، ١٧٣)، المغني (٦/ ١٥٣)، المبدع (٥/ ٢٤٠-٢٤١)، الإنصاف (٧/ ٢٠٢)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥١).

أجازها قبله أو ردها فليس بشيء؛ لأن حكمه، وهو ثبوت الملك، إنما يثبت بعد الموت، فلا اعتبار بما يوجد قبله كما إذا وجد قبل العقد»[١].

وجاء في شرح الخرشي: «لو رد الموصى له قبل موت الموصي فله أن يرجع ويقبل بعده قاله مالك»[٢].

قال الشافعي: «ولا يكون قبول، ولا رد في وصية، في حياة الموصي، فلو قبل الموصى له قبل موت الموصي، كان له الرد إذا مات، ولو رد في حياة الموصي كان له أن يقبل إذا مات، ويجبر الورثة على ذلك؛ لأن تلك الوصية لم تجب إلا بعد موت الموصي، فأما في حياته فقبوله، ورده، وصمته سواء؛ لأن ذلك فيما لم يملك»[٣].

وجاء في الحاوي الكبير: «أن يردها في حياة الموصي، فلا يكون لرده تأثير كما لا يكون لقبوله له لو قبل في هذه الحال تأثير»[٤].

وفي الإنصاف: «ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت، فأما قبوله ورده قبل الموت: فلا عبرة به»[٥].

❑ **وجه ذلك:**

الوصية إيجاب معلق بالموت، فيراعى القبول والرد عند وقوع الإيجاب،

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٥).

(٢) الخرشي (٨/ ١٦٩).

(٣) الأم للشافعي (٤/ ١٠٢)، وانظر تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٥).

(٤) الحاوي الكبير (٨/ ٢٦٢).

(٥) الإنصاف (٧/ ٢٠٢).

وهو تحقق الموت، ولا معتبر بالقبول والرد قبل وقوع الإيجاب، ولذلك لو مات الموصى له بعد القبول، وقبل موت الموصي، لا يكون ملكًا لورثة الموصى له.

جاء في المغني: «أن يردها قبل موت الموصي، فلا يصح الرد ها هنا؛ لأن الوصية لم تقع بعد، فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع؛ ولأنه ليس بمحل للقبول، فلا يكون محلًا للرد، كما قبل الوصية»[(١)].

القول الثاني:

قال زفر: إذا رد الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد موته؛ لأن إيجابه كان في حياته، وقد رده، فبطل[(٢)].

وقد رجح ذلك الشيخ أبو زهرة والشيخ أحمد إبراهيم لأمرين:

أحدهما: أن في هذا احترامًا لإرادة الموصى له في رده للوصية.

الثاني: أنه يمكِّن الموصي من توجيه وصيته وجهة أخرى تحقيقًا للبر الذي يقصده بدلًا من فوات الوصية على الموصي، إذا استمر الرد بعد موته[(٣)].

ونسب الماوردي في الحاوي للحنفية، أن الرد يصح في حياة الموصي، ولا يصح القبول؛ لأن الرد أوسع حكمًا من القبول[(٤)].

---

(١) المغني (٦/ ١٥٣).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤).

(٣) راجع شرح قانون الوصية للشيخ أبي زهرة (ص١٩)، والوصية للشيخ أحمد إبراهيم (ص٤٩).

(٤) الحاوي الكبير (٨/ ٢٧٤).

❑ الراجح:

بعد استعراض الأقوال أجد أن قول الجمهور أقوى من قول زفر؛ ذلك أن الرد غير معتبر شرعًا؛ لأنه لم يصادف محلًا صحيحًا، والمصلحة التي ذكرها الشيخ أبو زهرة يمكن تحقيقها بأن يقول الموصي: الوصية لفلان، فإن لم يقبل فهي لفلان، وبهذا لا تفوت الوصية على الموصي، وكما أن القبول لا يصح إلا بعد الموت، فكذلك الرد، والله أعلم.



المبحث الرابع
في رد الوصية بعد القبول

رد الوصية له ثلاثة أحوال:

الحال الأول:

[م-١٦١٨] أن يكون الرد في حياة الموصي، فهذه اختلف فيها الفقهاء:

القول الأول:

لا عبرة بالرد مطلقًا، سواء أكان قبل القبول، أم بعده، ويمكن للموصى له أن يقبل بعد موت الموصي، وهذا قول عامة الفقهاء.

القول الثاني:

قال زفر إذا رد الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد موته؛ لأن إيجابه كان في حياته وقد رده فبطل(١).

وقد سبق بحث هذه المسألة في المبحث السابق، فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

الحال الثانية:

[م-١٦١٩] أن يكون الرد بعد موت الموصي، وقبل القبول، فهذه وقع فيها خلاف بين العلماء:

القول الأول:

أنه يسقط حقه في الوصية عند جمهور العلماء؛ ويستقر الملك للورثة في

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤).

الموصى به؛ لأن الموصى له قد أسقط حقه في حالة يملك قبوله وأخذه[١].

❑ **حجة هذا القول:**

الدليل الأول:

الإجماع على صحة الرد بعد موت الموصي.

قال ابن قدامة: أن يردها بعد الموت، وقبل القبول، فيصح الرد، وتبطل الوصية، لا نعلم فيه خلافًا»[٢].

وقال في الإنصاف: «وإن ردها بعد موته: بطلت أيضًا بلا نزاع»[٣].

الدليل الثاني:

أن الوصي إذا مات كان وقتًا لقبول الوصية بالاتفاق، فما كان وقتًا للقبول كان وقتًا للرد.

الدليل الثالث:

القياس على الشفيع إذا عفى عن شفعته بعد البيع[٤].

القول الثاني:

أنه لا يملك الرد بعد الموت، وهو رواية في مذهب الحنابلة حيث قالوا

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٧٤)، روضة الطالبين (٦/ ١٤٢)، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (٣/ ٢٣٩) تحقيق شيخنا صالح الخزيم ﷺ.

(٢) المغني (٦/ ٦٨).

(٣) الإنصاف (٧/ ٢٠٥).

(٤) انظر شرح الزركشي على الخرقي (٤/ ٣٧٠).

يملكها بلا قبول كميراث[١].

وهو قول زفر من الحنفية حيث رأى أن الوصية تدخل في ملك الموصى له بعد موت الموصي جبرًا كالإرث، ولا تفتقر إلى قبول[٢].

جاء في تحفة الفقهاء: «وعند زفر القبول ليس بشرط، ولا ترتد بالرد كالميراث»[٣].

وحكاه ابن عبد الحكم عن الشافعي حيث قال: إن الوصية تدخل في ملك الموصى له بموت الموصي قبل أو لم يقبل كالميراث، وأنكره بعض الشافعية، وذكروا بأنه لا يعرف عن الشافعي[٤].

❑ الراجح:

أنه لا يجبر على القبول، وهناك فرق بين الوصية وبين الميراث بيناه فيما سبق.

الحال الثالثة:

[م-١٦٢٠] أن يكون الرد بعد موت الموصي، وبعد قبوله، وقبضه، فهذا لا يملك الموصى له الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فأشبه رده لسائر أملاكه، إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه لهم، تفتقر إلى شروط الهبة[٥].

---

(١) الفروع (٤/ ٦٨٤).

(٢) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٢٩).

(٣) تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٦).

(٤) الحاوي الكبير (٣/ ٣٧٠).

(٥) المبسوط (٢٨/ ٤٧)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٣)، المغني (٦/ ٦٨).

الحال الرابعة:

[م-١٦٢١] أن يكون الرد بعد القبول، وقبل القبض، فقد اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول:

يصح الرد بشرط التراضي، ويكون قبول الرد فسخًا للوصية، ويقوم الورثة مقام الميت في قبول الفسخ، أو رفضه؛ لأن الفسخ بعد اللزوم لا يكون إلا بالرضا، وتكون الوصية لجميع الورثة على قدر ميراثهم كما لو كان على الميت دين فوهبه الدائن للورثة أو لبعضهم فهو هبة لهم كلهم كأنه وهبه للميت.

جاء في المبسوط: «وإذا أوصى رجل بوصية، فقبلها بعد موته، ثم ردها على الورثة، فرده جائز إذا قبلوا ذلك؛ لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحًا إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه، وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد، فإذا كان أصل ذا العقد يتم بالإيجاب والقبول، كذلك يجوز فسخه بالتراضي...»[١].

القول الثاني:

يصح الرد مطلقًا، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، واختاره القاضي وابن عقيل من الحنابلة[٢].

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٤٩).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٣)، المهذب (٢/ ٣٤٥).

جاء في الإنصاف: «وقيل: يصح رده مطلقا. اختاره القاضي، وابن عقيل»[١].

وقال العمراني في البيان: «إذا رد بعد القبول وقبل القبض.. فهل يصح الرد؟ فيه وجهان: الثاني: يصح رده، وهو المنصوص عليه؛ لأن ملكه لم يستقر عليها بالقبض، فصح الرد، وإن كان القبض غير معتبر، كما لو وقف وقفًا على رجل.. فإن القبول فيه غير معتبر، ثم لو رد الموقوف عليه الوقف.. لبطل الوقف عليه، فكذلك هذا مثله»[٢].

وضعفه إمام الحرمين في نهاية المطلب، وقال: «وهذا ضعيف لا مستند له من أثر ولا معنى، فلست أعتد به»[٣].

❑ وجه القول بذلك:

أن الملك لا يستقر إلا بالقبض، فإذا رد بعد قبوله وقبل قبضه صح الرد.

القول الثالث:

لا يصح الرد، وهو الأصح في مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، وهو قول في مذهب المالكية حتى لم يصححوا الرد إلا على سبيل الهبة للورثة[٤].

---

(١) الإنصاف (٧/ ٢٠٥).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٣).

(٣) نهاية المطلب (١١/ ٢٧٢).

(٤) البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٠)، روضة الطالبين (٦/ ١٤٢)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٧)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٩٧)، نهاية المحتاج (٦/ ٦٦)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥٢)، المحرر (١/ ٣٨٤)، الفروع (٤/ ٦٨٣).

جاء في الإنصاف: «لو ردها بعد قبوله، وقبل القبض: لم يصح الرد مطلقا. على الصحيح من المذهب . . .»[١].

وقال إمام الحرمين: «إذا قبل الموصى له الوصية، ثبت ملكه في الموصى به، ولم يتوقف حصوله على القبض والتسليم، بخلاف الهبات.

ثم الذي قطع به المراوزة: أن الموصى له لو حاول رد الوصية بعد قبولها وقبل القبض لم يكن له ردها، ولو ردها، لم ترتد؛ فإن المنح والتبرعات إذا أفضت إلى تحصيل الملك، لم تقبل الفسخ والنقض، والرجوع الذي أثبته الشرع في الهبات في حق بعض الناس في حكم تملك جديد أثبته الشرع»[٢].

وفارقت الوصية الهبة في اشتراط القبض:

فالإقباض من جهة الموصي متعذر، لموته، وقبل موته لم تلزم الوصية.

والوارث ليس مالكًا للموصى به حتى تتوقف صحة الوصية على إقباضه وتسليمه، فحقه في مال المورث مؤخر عن الوصية والدين، لهذا لم تتوقف صحة الهبة على الإقباض، وإذا ملكها بالقبول لم يصح الرد إلا أن يشاء الورثة، والله أعلم.

القول الرابع:

يصح الرد في المكيل والموزون بعد قبوله وقبل قبضه، وهو وجه في مذهب الحنابلة[٣].

---

(١) الإنصاف (٧/ ٢٠٥)، الكافي (٢/ ٢٧٠).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٧٢).

(٣) الفروع (٤/ ٦٨٣)، الإنصاف (٧/ ٢٠٥).

❑ وجه ذلك:

أن المكيل والموزون يحتاج إلى كيل ووزن لثبوت الملك، فإذا رده قبل ذلك صح، لعدم استقرار الملك[1].

جاء في المغني: «أن يرد بعد القبول وقبل القبض، فينظر؛ فإن كان الموصى به مكيلًا أو موزونًا صح الرد؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، فأشبه رده قبل القبول، وإن كان غير ذلك، لم يصح الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فهو كالمقبوض»[2].

❑ الراجح:

أن الملك في الوصية يثبت بمجرد القبول، ولا يتوقف على القبض كالهبة، من غير فرق بين ما يفتقر إلى الكيل والوزن وغيره، وإذا ثبت ملكه فيها لم يصح الرد إلا برضا الورثة؛ لأنها تكون هبة مبتدأة منه للورثة، تفتقر إلى شروط الهبة، وليست فسخًا للوصية وإقالة من الورثة؛ لأن الورثة لم يوجبوا الوصية حتى تكون الإقالة منهم كما يراه الحنفية، والله أعلم.

قال السرخسي: «إذا مات الموصي، فإن قبل الموصى له الوصية، فالملك له في الموصى به قبضه أو لم يقبضه؛ لأنه بمجرد القبول يلزم العقد على وجه لا يملك أحد إبطاله فيثبت حكمه، وهو الملك بخلاف الهبة بعد القبول وقبل القبض»[3].

---

(١) انظر شرح الزركشي (٤/ ٣٧١).

(٢) المغني (٦/ ١٥٤).

(٣) المبسوط (٢٨/ ٤٧)، وانظر الهداية شرح البداية (٣/ ٢٢٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٨٩).

ونص الماوردي في الحاوي على الفروق بين الوصية والهبة، فذكر منها:

(١) «تمام الوصية بالقبول دون القبض، وتمام الهبة بالقبض»[١].

وذكر السيوطي الوصية من العقود التي لا يشترط فيها القبض، لا في صحتها، ولا في لزومها، ولا في استقرارها[٢].

وقال ابن رجب: «الوصية تملك بدون القبض، والهبة والصدقة فيهما خلاف»[٣].

وأما المالكية فلا يفرقون بين الهبة والوصية فكلاهما يلزمان بالقبول دون القبض.

(٢) أن القبول لو كان ركنًا في الوصية لوجب صدوره في مجلس العقد، ولوجب اتصاله بالإيجاب، وحصول القبول في حياة الموصي لا أثر له في لزوم الوصية، وثبوت الملك، مما يدل على أن الوصية انعقدت في الإيجاب، إلا إذا صدر بعد موت الموصي، حتى لو مات الموصى له بعد القبول، قبل موت الموصي، فإن الوصية لا يكون ملكًا لورثة الموصى له[٤].



(١) الحاوي الكبير (٧/ ٥٣٨).
(٢) الأشباه والنظائر (ص٢٨٠).
(٣) القواعد (ص٧٦).
(٤) الفروع (٤/ ٦٨٣)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٤).

المبحث الخامس
في شروط القبول

الشرط الأول
في اشتراط الأهلية من القابل

[م-١٦٢٢] يشترط في قابل الوصية أهلية القبول.

والأهلية في الاصطلاح: عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أخبر الله ﷻ بحمل الإنسان إياها بقوله تعالى: ﴿وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ﴾ [الأحزاب: ٧٢].

وهي ضربان:

أهلية الوجوب: أي صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

فكل إنسان صالح لأن تكون له حقوق، وعليه واجبات، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده، بل من وقت كونه جنينًا إلى وقت موته، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتًا.

وقد أجمع الفقهاء على ثبوت هذه الأهلية للإنسان منذ ولادته، حتى يكون صالحًا لوجوب الحقوق له وعليه(١).

الضرب الثاني: أهلية الأداء: أي صلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا.

---

(١) التعريفات للجرجاني (ص١٤٣)، ونقله القرافي في الفروق (٣/ ٢٣٦).

وهذا هو الذي يعنينا في هذا الباب، فإذا أطلقنا الأهلية فالمقصود بها أهلية الأداء.

وأهلية الأداء قد تكون كاملة، وقد تكون ناقصة، وقد تكون معدومة.

فالكاملة: هي في حق البالغ الحر الرشيد غير المحجور عليه، فمن اتصف بهذه الصفات تحققت له أهلية الأداء الكاملة، ويكون حرًا طليقًا في تصرفاته إلا بما نهى عنه الشرع أو قيده.

وتكون الأهلية ناقصة في حق الصبي، والمميز، والسفيه، والعبد، والمحجور عليه لحظ غيره.

وتكون معدومة في حق الصبي غير المميز، والمجنون ونحوهما.

فإذا صدر القبول من شخص يتصف بالأهلية الكاملة: وهو البالغ العاقل فهذا لا شك أن قبوله معتبر في الوصية إذا صدر منه القبول بعد موت الموصي.

وأما إذا صدر القبول من شخص فاقد للأهلية، وهو الصبي غير المميز، والمجنون، فهذا لا يتأتى منه قبول ولا رد بالاتفاق؛ لأنه لا قصد له صحيح، فعبارته ملغاة[1].

جاء في بدائع الصنائع: «أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها، فلا يجوز طلاقه، وعتاقه، وكتابته، وإقراره، ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة، ولا يصح منه قبول الهبة، والصدقة، والوصية، وكذا الصبي

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ١٧١)، الحاوي الكبير (٨/ ١٧).

الذي لا يعقل؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده، ولا أهلية بدون العقل»[١].

[م-١٦٢٣] وأما إذا صدر القبول من ناقص الأهلية، كالصبي المميز، والمعتوه، والمحجور عليه لسفه، فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يصح قبضه وقبوله مطلقًا، وهو قول في مذهب الحنابلة، رجحه ابن قدامة[٢].

جاء في المغني: «وإن كان الصبي مميزًا فحكمه حكم الطفل، في قيام وليه مقامه، لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ، إلا أنه إذا قبل لنفسه، وقبض لها صح؛ لأنه من أهل التصرف، فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي، فهاهنا أولى.

ولا يحتاج إلى إذن الولي هاهنا؛ لأنه محض مصلحة، ولا ضرر فيه، فصح من غير إذن وليه، كوصيته، وكسب المباحات . . .»[٣].

وذهب الحنفية إلى صحة القبول من ناقص الأهلية؛ لأنه نفع محض، وناقص الأهلية تصح تصرفاته النافعة نفعًا خالصًا دون حاجة إلى إذن الولي السابق، أو إجازته اللاحقة.

وأما الرد فلا يصح منه، ولو أذن الولي؛ لأنه ضرر محض[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ١٧١).

(٢) الإنصاف (٧/ ١٢٥)، كشاف القناع (٣/ ١٥١)، مطالب أولي النهى (٣/ ١١).

(٣) المغني (٦/ ٤٩-٥٠).

(٤) حاشية ابن عابدين (٦/ ١٧٣)، بدائع الصنائع (٧/ ١٧١)، تيسير التحرير (٢/ ٢٥٦)، تبيين الحقائق (٥/ ٢١٩).

جاء في بدائع الصنائع: «وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع»[١].

وفي شرح التلويح على التوضيح: «وأما حقوق العباد، فما كان نفعًا محضًا كقبول الهبة، ونحوه يصح، وإن لم يأذن وليه»[٢].

القول الثاني:

لا يصح قبضه ولا قبوله، وهذا مذهب الجمهور؛ لنقصان أهليته، فالذي يتولى عنه القبول هو الولي، أو الوصي، أو القيم[٣].

جاء في حاشية الدسوقي: «يقوم مقام غير الرشيد أي في القبول وليه، فهو الذي يقبل له، ولا عبرة بقبوله»[٤].

وفي نهاية المحتاج: «يشترط فيه قبوله إن كان أهلا، وإلا فقبول وليه عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر كالهبة والوصية؛ إذ دخول عين أو منفعة في ملكه قهرًا بغير الإرث بعيد، وهذا هو الذي صححه الإمام وأتباعه وعزاه الرافعي في الشرحين للإمام وآخرين، وصححه في المحرر، ونقله في زيادة الروضة عنه مقتصرا عليه، وهو المعتمد»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ١٧١).

(٢) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٣٠).

(٣) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤) و (٤/ ٨٨)، الخرشي (٨/ ١٦٩)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٣)، حاشية الجمل (٣/ ٣٤٣)، حاشية الرملي (٣/ ٤٣)، نهاية المحتاج (٥/ ٣٧٢)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٧)، أسنى المطالب (٢/ ٤٦٣) حاشية الرملي على أسنى المطالب (٣/ ٤٣)، الإقناع للماوردي (ص١٣١)، .

(٤) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤).

(٥) نهاية المحتاج (٥/ ٣٧٢).

وجاء في الإنصاف: «لا يصح من المميز قبض الهبة ولا قبولها على الصحيح من المذهب. نص عليه في رواية ابن منصور.

وقال في القواعد الأصولية تبعًا للحارثي: هذا أشهر الروايتين، وعليه معظم الأصحاب»[١].

ولعل المقصود بأنه لا يصح ذلك بدون إذن الولي، فإن أذن الولي صح، كما قال ذلك المالكية والحنابلة في البيع، وهو أخطر من عقود التبرعات[٢].

وصحح الماوردي قبوله بإذن الولي بعد اجتهاده في أن أحظ الأمرين هو التملك[٣].

وجاء في مطالب أولي النهى: «ولا يصح من مميز وسفيه قبول هبة، ووصية بلا إذن ولي لهما؛ كالبيع؛ هذا المذهب»[٤].

وجاء في كشاف القناع: «ولا يصح منهما أي: من المميز والسفيه قبول هبة ونحوها ووصية بلا إذن ولي كالبيع»[٥].

القول الثالث:

يصح قبوله لنفسه ولا يصح قبضه لنفسه إلا بإذن الولي كما قالوا ذلك في البيع والشراء.

---

(١) الإنصاف (٧/ ١٢٥).

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٢٩٤)، الشرح الصغير (٣/ ٣٨٤)، مواهب الجليل (٥/ ٦٠-٦١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥-٦)، الخرشي (٥/ ٨)، الشرح الصغير (٣/ ٣٨٤)، منح الجليل (٤/ ٤٣٨)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٣/ ٧).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ١٧).

(٤) مطالب أولي النهى (٣/ ١١).

(٥) كشاف القناع (٣/ ١٥١).

جاء في المغني: «يحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول؛ لأن القبض يحصل به مستوليًا على المال، فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه، فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه، كقبضه لوديعته. وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر، فجاز من غير إذن، كاحتشاشه واصطياده»(١).

❑ الراجح:

الذي أميل إليه إلى أنه يصح قبول الولي للمحجور عليه، ويصح قبوله لنفسه ويكون موقوفًا على إجازة الولي؛ لأن قبول الوصية لا يلزم منه أن يكون الأنفع مطلقًا فقد يحمل قبول الوصية من الصبي نفقات تفوق قيمة الوصية، فإذا كان الأحظ في القبول وجب على وليه القبول له، أما القبض فلا يصح قبضه؛ لأنه قد لا يكون مؤهلًا لحفظ المال، فإن أقبضه غيره كان المقبض ضامنًا إن ضاع منه شيء، والله أعلم.



---

(١) المغني (٦/ ٤٩-٥٠).

الشرط الثاني
أن يكون القبول بعد وفاة الموصي

[م-١٦٢٤] يشترط في القبول أن يكون بعد وفاة الموصي، فلا عبرة بالقبول في حياة الموصي، ولم أقف على خلاف في المسألة.

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «وقبول الوصية بعد الموت حتى لو أجازها قبله أو ردها فليس بشيء؛ لأن حكمه، وهو ثبوت الملك، إنما يثبت بعد الموت، فلا اعتبار بما يوجد قبله كما إذا وجد قبل العقد»[1].

وجاء في الشرح الصغير: «ولا بد من كون القبول بعد الموت، فلا ينفعه قبوله قبل موت الموصي، ولا يضره رده في حياة الموصي، فله القبول بعد الموت»[2].

وقال النووي: «ولا يصح قبول ولا رد في حياة الوصي»[3].

وفي الإقناع في فقه الإمام أحمد: «ولا يثبت الملك للموصي له إلا بقبوله بعد الموت ... ولا عبرة بقبوله ورده قبل الموت»[4].

❏ **وجه ذلك:**

الوصية إيجاب معلق بالموت فيراعى القبول والرد عند وقوع الإيجاب، وهو

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٥).

(٢) الشرح الصغير (٤/ ٥٨٣).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ١٤٢)، وانظر مغني المحتاج (٣/ ٥٣)، نهاية المحتاج (٦/ ٦٦).

(٤) الإقناع (٣/ ٥١)، وانظر كشاف القناع (٤/ ٣٤٤).

تحقق الموت، ولا معتبر بالقبول قبل وقوع الإيجاب، ولذلك لو مات الموصى له بعد القبول وقبل موت الموصي لا يكون ملكًا لورثة الموصى له.

[م-١٦٢٥] وأما الرد في حياة الموصي ففيه خلاف:

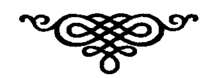
القول الأول:

لا عبرة بالرد في حياة الموصي، فله القبول بعده، وهذا مذهب الجمهور(١).

القول الثاني:

قال زفر رحمه الله إذا رد الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد موته؛ لأن إيجابه كان في حياته وقد رده فبطل(٢).

وقد سبق بحث هذه المسألة فأغنى عن إعادتها هنا.



(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٣)، الخرشي (٨/ ١٦٩)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٢٤)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٦٢)، المغني (٦/ ١٥٣)، الإنصاف (٧/ ٢٠٢).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤).

الشرط الثالث
في اشتراط موافقة القبول للإيجاب

في عقود المعاوضات يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه فلا ينعقد العقد[١].

فلو أوجب البيع في السيارتين بمائة ألف، فقال المشتري: قبلت في هذه السيارة بخمسمائة. لم ينعقد البيع؛ لأن ذلك رد للإيجاب، وليس قبولًا له.

وقد سبق تفصيل ذلك في عقد البيع فارجع إليه إن شئت.

[م-١٦٢٦] وأما عقد الوصية، فهل يشترط موافقة القبول للإيجاب، أو يجوز أن يكون القبول لبعض الوصية دون بعض؟

وللجواب على ذلك نقول: إذا اشترط الموصي هذه الموافقة صراحة، أو ظهر هذا الاشتراط من صيغة الوصية اعتبر شرطه؛ لأن شرط الموصي كشرط الواقف في الاعتبار.

[م-١٦٢٧] إما إذا لم يشترط ذلك في صيغة الوصية فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٢٦)، مجلة الأحكام العدلية مادة (١٧٧)، شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٥-٢٥٦)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٠)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢١٦)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص١٨٢)، وجاء في كشاف القناع (٣/ ١٤٦-١٤٧).

القول الأول:

أنه يشترط موافقة القبول للإيجاب، فلو أراد الموصى له أن يقبل بعض الوصية ويرد بعضها لم يصح، وهذا مذهب الحنفية، وأحد القولين في مذهب الشافعية[١].

جاء في بدائع الصنائع: «أما الذي يرجع إلى نفس الركن: فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول؛ لأنه إذا خالفه لم يرتبط فبقي الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن، وبيان ذلك إذا قال لرجلين: أوصيت بهذه الجارية لكما فقبل أحدهما بعد موت الموصي، ورد الآخر لم يصح القبول؛ لأنه أوصى لهما جميعا فكان وصية لكل، واحد منهما بنصف الجارية.

وكانت الجارية بينهما لو قبلا فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط، وهو قبولهما جميعا، فبطلت الوصية، ولو أوصى بها لإنسان، ثم أوصى بها لآخر، فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصي، ورد الآخر فالنصف للموصى له، والنصف لورثة الموصي؛ لأنه أوصى لكل واحد منهما على حياله فلا يشترط اجتماعهما في القبول، فإذا رد أحدهما بعد موت الموصي لم يتم الركن في حقه، بل بطل الإيجاب في حقه فعاد نصيبه إلى ورثة الموصي فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين إذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضي بالشفعة أن ذلك النصف يكون للمشتري، ولا يكون للشفيع الآخر»[٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤)، نهاية المطلب (١١/ ٢٥٢-٢٥٣).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤).

جاء في نهاية المطلب: «من أوصى لإنسان بوصية خارجة من الثلث، فقبل الموصى له بعضها، ورد بعضها، فيجوز أن يقال: يصح ذلك، ويجوز أن يقال: لا يصح.

❑ ووجه المنع:

تشبيه قبول الوصية بالقبول في الهبة، ولو قبل الموهوب له الهبة في بعض ما وهب منه لم يصح القبول في شيء.

ومن فرق: تمسك بما أشرنا إليه من الفرق بين قبول الوصايا وبين القبول في الهبة وغيرها من العقود، وسنذكر أن الموصى له إذا مات قبل القبول، وخلف ذرية، فقبل بعضهم ورد بعضهم، فالقبول قد يثبت في حق من قبل، وإن تضمن تبعيضا في الوصية»[١].

القول الثاني:

يصح أن يكون القبول مخالفًا للإيجاب، فلو قبل البعض ورد البعض صح القبول. وهذا قول في مذهب الشافعية والمذهب عند الحنابلة[٢].

ورجح الخطيب القول بالصحة، وبين الفرق بين الوصية وبين البيع بأن البيع من عقود المعاوضة فلا يصح أن يخالف القبول الإيجاب بخلاف الوصية والهبة فهي من عقود التبرعات فيغتفر فيهما ما لا يغتفر في عقد البيع[٣].

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ٢٥٢-٢٥٣).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٥٣)، أسنى المطالب (٣/ ٤٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦١).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٥٣)، وانظر أسنى المطالب (٣/ ٤٣).

وذكر الحنابلة بأن الموصى له لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، فإن كانوا جماعة وقبل بعضهم ورد بعضهم فلكل حكمه، وهذا تبعيض للقبول[1].

❑ الراجح:

الذي أراه أنه يجوز قبول بعض الوصية ورد بعضها، وتبطل بالنسبة للمردودة، كما يجوز للموصى لهم إذا كانوا أكثر من شخص أن يقبل بعضهم، ويرد بعضهم، والله أعلم.



(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦١).

الشرط الرابع
في اشتراط الفورية في القبول

القبول في الوصية على التراخي.

تكلمنا عن منزلة القبول في عقد الوصية، فمن رأى أن عقد الوصية لا يفتقر إلى قبول، وأنها تدخل في ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار كالميراث، فهذا لا يحتاج إلى بحث اشتراط الفورية في القبول.

ومن قال: إن عقد الوصية لا يترتب عليه أثره إلا إذا قبل بذلك الموصى له بعد موت الموصي على خلاف بينهم هل القبول ركن، أو شرط ثبوت الملك للموصى له، فهذا البحث يتنزل على هذا القول.

[م-١٦٢٨] وإذا كان لابد من القبول فهل يشترط فيه الفورية، أو يصح أن يقع على التراخي؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن القبول على التراخي، ولا تشترط الفورية مطلقًا، وهذا قول جمهور الفقهاء(١).

لأن الفور عرفًا إنما يشترط في العقود المنجزة التي يرتبط القبول فيها بالإيجاب كالبيع، وليست الوصية منها.

---

(١) غمز عيون البصائر (٣/ ٤٦٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٢)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٧)، الحاوي الكبير (٥/ ٣٢٩)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥١)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٤، ٣٤٥)، الإنصاف (٧/ ٢٠٥)، المبدع (٦/ ٢٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦١).

قال ابن نجيم: «وإذا وقع اليأس من القبول اعتبرت ميراثًا»[١].

وجاء في مواهب الجليل: «ولو تراخى القبول عن الإيجاب لم يضر»[٢].

وقال إمام الحرمين: «ولا يشترط مبادرة القبول من الموصى له ... ولكن الخيار إليه في التأخير والتعجيل»[٣].

إلا أن الشافعية قالوا: إن للوارث الحق في مطالبة الموصى له بالقبول أو الرد، فإن امتنع بعد المطالبة، كان امتناعه ردًا للوصية.

وقال الحنابلة: إن امتنع من قبول أو رد حكم عليه بالرد.

جاء في مغني المحتاج: «وللوارث مطالبة الموصى له بالقبول أو الرد، فإن امتنع حكم عليه بالرد»[٤].

وفي الإنصاف: «لو امتنع من القبول أو الرد حكم عليه بالرد، وسقط حقه من الوصية»[٥].

❑ وجه القول بذلك:

أن الملك متردد بين الموصى له وبين الورثة، فكما أن المتحجر أرضًا إذا امتنع من إحيائها فإنه يجبر على ذلك أو تنزع منه، وكذلك من وقف في مشرعة ماء، فلم يشرب ولم ينصرف، فإنه يجبر على الشرب أو الانصراف، فكذلك هنا[٦].

---

(١) غمز عيون البصائر (٣/ ٤٦٤).
(٢) مواهب الجليل (٦/ ٣٦٧).
(٣) نهاية المطلب (١١/ ٢٠٤).
(٤) مغني المحتاج (٤/ ٨٧)،
(٥) الإنصاف (٧/ ٢٠٥).
(٦) المهذب (١/ ٤٥٣).

القول الثاني:

أن القبول على التراخي ما لم تقسم التركة، وتنفذ الوصايا، فإن جاء وقت قسمة التركة وإنفاذ الوصايا، وعلم الموصى له بالوصية فإن قبوله على الفور، فإما أن يقبل وإما أن يبطل حقه في الوصية، اختاره بعض الشافعية[١].

القول الثالث:

أن القبول بعد علمه على الفور قياسًا على الهبة، اختاره بعض الشافعية[٢].

❑ والراجح:

أن القبول في الوصية والهبة على التراخي إلا أن المتضرر له أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو الرد، والله أعلم.



(١) الحاوي الكبير (٨/ ٢٥٢)، أسنى المطالب (٣/ ٤٣)، المجموع (١٥/ ٤٣٤).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٢٥٣).



المبحث السادس
في رجوع الموصي عن الوصية

[م-١٦٢٩] يجوز للموصي الرجوع عن الوصية ما دام حيًا، فإذا مات لزمت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئًا من ذلك، وهذا باتفاق الأئمة واختلفوا في الوصية بالعتق، والأكثر على صحة الرجوع(١).

قال العيني: «اجتمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله، أو بعضه»(٢).

وقال ابن عرفة: «يجوز رجوع الموصي عن وصيته إجماعًا في صحة أو مرض»(٣).

ويكون الرجوع عن الوصية بالقول: كأن يقول: رجعت عن الوصية، أو أبطلتها، أو نقضتها، أو فسختها، ونحو ذلك.

ويكون بالفعل الدال عليه كأن يقوم الموصي بالتصرف في الموصى به تصرفًا يدل على رجوعه عن الوصية، كبيعه وهبته، وإعتاقه، واستهلاكه، وبذبح الشاة الموصى بها، وخلط الموصى به بغيره خلطًا يعسر تمييزه، ونحو ذلك.

---

(١) تحفة الفقهاء (٣/ ٢٢٣)، فتح القدير (١٠/ ٤٣٦)، الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٦)، التمهيد (١٤/ ٣٠٩)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٨)، منح الجليل (٩/ ٥١٦)، الوسيط (٤/ ٤٧٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٠٤)، تحفة المحتاج (٧/ ٧٦)، مغني المحتاج (٣/ ٧١)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٦٠)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٨)، المبدع (٦/ ٢٥).

(٢) البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١١).

(٣) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٩).

جاء في تبيين الحقائق: «وله الرجوع عن الوصية قولًا وفعلًا، بأن باع، أو وهب، أو قطع الثوب، أو ذبح الشاة»[١].

وقال ابن الهمام: «ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية»[٢].

وقال الباجي: «عقد الوصية عقد جائز غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويبطل منه ما شاء من غير عوض، أو يعوض منه غيره في صحته، أو مرضه، ما لم يمت فإذا مات فقد لزمت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئًا من ذلك، ولا يبطله ولا يبدله بغيره»[٣].

واستثنى المالكية من جواز الرجوع ما لو اشترط على نفسه عدم الرجوع في وصيته، أو فهم عنه إيجاب ذلك على نفسه بأنه لا يملك الرجوع، وتكون كالتدبير[٤].

❑ وجه كون عقد الوصية جائزًا:

الوجه الأول:

أن عقد الوصية عقد تبرع لم يتم، فجاز الرجوع عنه كالهبة قبل القبض بل هو أولى.

الوجه الثاني:

أن القبول يتوقف على الموت، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع.

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٦)، وانظر العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٣٦).

(٢) فتح القدير (١٠/ ٤٣٦).

(٣) المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٤٨).

(٤) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٩)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٩)،

واختلف العلماء في صحة الرجوع عن الوصية بالعتق على قولين:

القول الأول:

يصح الرجوع عن الوصية ولو كانت بالعتق، وهذا مذهب الأئمة الأربعة[١].

قال العيني: «الإعتاق إذا أوصى به، فالأكثرون على جواز الرجوع في الوصية، وهو قول الأئمة الأربعة، وعطاء، وجابر بن زيد، والزهري، وقتادة، وإسحاق وأبي ثور»[٢].

وجاء في المدونة: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا، أن الموصي إذا أوصى في صحته، أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، فإنه يغير من ذلك ما بدا له، ويصنع في ذلك ما شاء حتى يموت، وإن أحب أن يطرح ذلك الوصية ويبدل غيرها فعل»[٣].

وفي القوانين الفقهية: «وليس للسيد الرجوع في التدبير بخلاف الوصية بالعتق فله الرجوع فيها»[٤].

---

(١) البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١١)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٩)، المبسوط (٢٨/ ٦، ٨)، فتح القدير (٥/ ٢٥)، المدونة (٦/ ١٠)، الموطأ (٢/ ٧٦١)، المنتقى للباجي (٦/ ١٦١)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١٤٠)، البيان والتحصيل (١٣/ ١٩١)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٤)، التاج والإكليل (٦/ ٣٣٢)، أسنى المطالب (٣/ ٢٩)، الأم (٨/ ٢٧)، البيان للعمراني (١٣/ ٣٨٩)، روضة الطالبين (١٢/ ٨٦)، المغني (٦/ ٩٧)، الإنصاف (٧/ ٤٣٥)، كشاف القناع (٤/ ٥٣٤).

(٢) البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١١).

(٣) المدونة (٦/ ١٠).

(٤) القوانين الفقهية (ص٢٥١).

وقال الشافعي: «المدبر وصية يرجع فيه صاحبه متى شاء»[١].

وقال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به، وفي بعضه، إلا الوصية بالإعتاق. والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضًا ... وبه قال عطاء، وجابر بن زيد، والزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور»[٢].

❑ دليل من قال: يجوز الرجوع عن الوصية بالعتق:

الدليل الأول:

(ث-٢٠٨) روى ابن أبي شيبة في المصنف من طريق حسين المعلم، عن عمرو بن بن شعيب، عن عبد الله بن الحارث بن أبي ربيعة، أو الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة، قال: **قلت لعمر: شيء يصنعه أهل اليمن، يوصي الرجل، ثم يغير وصيته. قال: يغير ما شاء من وصيته**[٣].

[صحيح والراجح فيه أنه عن عبد الله بن الحارث كما رواية قتادة عن عمرو بن شعيب][٤].

---

(١) الأم (٨/ ٢٧).

(٢) المغني (٦/ ١٨٨).

(٣) المصنف (عوامة) (٣١٤٤٩).

(٤) والشك في الحارث بن عبد الله لا يضر؛ لأنه أيًا كان فمداره على ما هو صالح للاحتجاج.
وقد رواه الدارمي من طريق همام إلا أنه قد اختلف فيه على همام.
فرواه الدرامي (٣٢١١) حدثنا أبو الوليد الطيالسي، حدثنا همام، حدثنا قتادة، عن عمرو بن شعيب، عن عبد الله بن أبي ربيعة، أن عمر بن الخطاب بدون شك بلفظ: يحدث الرجل في وصيته ما شاء، وملاك الوصية آخرها. =

الدليل الثاني:

قياس الوصية بالعتق على سائر الوصايا، ولا دليل على استثناء الوصية بالعتق.

الدليل الثالث:

الوصية بالعتق عطية تنجز بالموت، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه[1].

القول الثاني:

يغير ما شاء من الوصية إلا العتاقة، وبه قال عطاء والشعبي، وابن شبرمة، والنخعي[2].

= وتابعه حجاج بن منهال همامًا عند ابن حزم في المحلى، مسألة (١٧٦٨).
ورواه الدرامي (٣٢١٢) حدثنا سهل بن حماد، حدثنا همام، عن عمرو بن شعيب، عن عبد الله بن أبي ربيعة، عن الشريد بن سويد، قال: قال عمر ... فذكره.
قال الدارمي: همام لم يسمع من عمرو، وبينهما قتادة. قلت: وخطأ آخر من سهل بن حماد، وهو زيادة: الشريد ابن سويد، وأبو الوليد الطيالسي وحجاج أرجح من سهل بن حماد.
ورواه الدرامي (٣٢١٥) من طريق ابن المبارك،
وعبد الرزاق في المصنف (١٦٣٧٩) كلاهما عن معمر، عن قتادة، قال: قال عمر بن الخطاب. وهذا منقطع، قتادة لم يسمع من صحابي غير أنس.
وقد رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣١٤٥٠) وفي المسند كما في إتحاف الخيرة (٦٨٥٥) ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/٥٢٨) من طريق ليث، عن مجاهد، عن عمر، قال: ما أعتق الرجل في مرضه من رقيقه فهي وصية، إن شاء رجع بها.
وليث ضعيف، ومجاهد لم يدرك عمر رضي الله عنه.

(١) المرجع السابق.
(٢) المغني (٦/١٨٨)، المحلى، مسألة (١٧٦٨).

(ث-٢٠٩) روى ابن أبي شيبة، من طريق جريج، عن عطاء: **قال: يغير الرجل من وصيته ما شاء إلا العتاقة**[١].

[صحيح].

(ث-٢١٠) وروى أيضًا من طريق الشيباني، عن الشعبي قال: كل وصية إن شاء رجع فيها إلا العتاقة.

[صحيح][٢].

واستدل القائلون بأنه لا يصح الرجوع بالوصية بالعتق قياسًا على التدبير بجامع أن كلًا منهما عتق بعد الموت.

وأجيب:

بأن هناك فرقًا بين التدبير وبين الوصية، فالتدبير عقد لازم، والوصية عقد جائز[٣].

ولو كانت الوصية بمنزلة التدبير كان كل موص لا يقدر على تغيير وصيته[٤].

ولأن التدبير تعليق لعتق على شرط، وهو الموت، فلم يملك تغييره، كتعليقه على صفة في الحياة، والوصية ليست من باب التعليق، وإنما هو تبرع مضاف إلى ما بعد الموت[٥].

---

(١) المصنف (عوامة) (٣١٤٥١).
(٢) المرجع السابق (٣١٤٥٢).
(٣) المنتقى للباجي (٦/ ١٤٨).
(٤) المرجع السابق (٧/ ٤٢)، وانظر شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ٢٠٨).
(٥) المرجع السابق.

وقال ابن رشد: «والناس في التدبير والوصية على صنفين: منهم من لم يفرق بينهما، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازمًا والوصية غير لازمة . . .»[١].

❑ الراجح:

أن عقد الوصية يجوز الرجوع فيه مطلقًا سواء كانت الوصية بالعتاقة أو بغيرها؛ لكون الوصية من عقود التبرعات، ولأن ملك الموصي فيها ما زال باقيًا، وإذا كانت العقود اللازمة يجوز العدول فيها عن الإيجاب قبل القبول، فالوصية من باب أولى، والله أعلم.



(١) بداية المجتهد (٤/ ١٧٠).



المبحث السابع
في وقت ثبوت الملكية للموصى له

[م-١٦٣٠] الوصية تبرع بإيجاب من الموصي، وقبول من الموصى له المعين، ويشترط في القبول أن يكون بعد الموت، فإن كان عقب الموت مباشرة فلا إشكال، وينتقل الموصى به للموصى له عند القبول.

وإن تأخر القبول شهرًا مثلًا، فيحصل خلاف في وقت ملك الوصية:

هل يثبت الملك من حين موت الموصي، أو يثبت الملك من صدور القبول من الموصى له؟.

وعلى القول بأن الموصى له يملكها من صدور قبوله، فهل هي قبله على ملك الميت، أو على ملك الورثة؟

ويترتب على هذا الخلاف: حكم نماء الموصى به بين الموت والقبول.

وإذا كان الموصى به يحتاج إلى نفقة، فهل تكون من مال الموصى له أو من مال الوارث؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول:

أن ملك الوصية موقوف لا يحكم به لأحد، فهي ليست في ملك الوارث، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يرد، فإن قبل الموصى له الوصية تبين أن الملك كان ثابتًا له من وقت وفاة الموصي، وإن ردها كان الملك للورثة، وهذا

مذهب الحنفية، والمشهور في مذهب المالكية، والأصح في مذهب الشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[١].

جاء في حاشية ابن عابدين: «إن لم يقبل بعد الموت فهي موقوفة على قبوله، وليست في ملك الوارث، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت»[٢].

وجاء في حاشية الشلبي نقلًا من أتقاني: «فإن لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة على قبوله، لا تصير في ملكه حتى يقبل، وهي خارجة عن الموصي بموته، ليست في ملك الوارث، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت، فيكون ما أوصى له لورثته من بعده، وموته كقبوله عند أصحاب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وجعلوا ذلك بمنزلة البيع إذا كان فيه الخيار للمشتري دون البائع، فمات المشتري في الثلاث، فإن البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري . . .»[٣].

وقال ابن شاس المالكي: «وإذا مات الموصي كان الموصى به موقوفًا، فإن

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤)، حاشية ابن عابدين (٧/ ٦٥٧)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٨٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٢)، قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار (٧/ ٢٣٧)، الذخيرة (٧/ ٥٥-٥٦، ١٥٢)، جواهر العقود الثمينة (٣/ ١٢٢٤)، التاج والإكليل (٦/ ٣٦٦)، شرح الخرشي (٨/ ١٦٩)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٤)، منح الجليل (٩/ ٥٠٧)، مختصر المزني (ص١٤٤)، مغني المحتاج (٣/ ٥٤)، نهاية المحتاج(٦/ ٦٧)، الحاوي الكبير (٣/ ٣٧٠) و(٨/ ٢٦٠)، نهاية المطلب (١١/ ٢٠٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٢)، قواعد ابن رجب (ص٣٩٧)، المحرر (١/ ٣٨٤)، المغني (٦/ ١٥٦)، الإنصاف (٧/ ٢٠٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٧).

(٣) تبين الحقائق (٦/ ١٨٤).

قبل تبينا أن العين الموصى بها دخلت في ملكه بموت الموصي، وإن ردها تبينا أنها لم تزل عن ملك الموصي»[١].

وقال الزركشي في القواعد: «وملك الموصى له الوصية بعد الموت وقبل القبول، الأصح: أنه موقوف، إن قبل تبينا أنه ملك من حين الموت، وإلا تبينا أنه على ملك الوارث»[٢].

وقال إمام الحرمين: «الملك متى يحصل للموصى له في الموصى به؟ . . . اختلفت النصوص، وحاصل الأقوال في ذلك ثلاثة:

القول الثاني -وهو أعدل الأقوال وأمثلها- أن الملك موقوف مراعى، فإن قبل الموصى له، تبينا أن الملك حصل بموت الموصي إسنادًا إليه، وإن تأخر القبول عنه بمدة مديدة، وإن رد، تبينا أن الملك لم يحصل»[٣].

❑ وجه القول بأن الوصية موقوفة:

لا يمكن أن نجعل الوصية ملكًا للميت؛ لأن الميت لا يملك، وقد زال ملكه عن الموصى به بموته.

ولم تدخل الوصية في ملك الموصى له؛ لأن ذلك موقوف على قبوله.

ولم يملكها الورثة؛ لأن الورثة لا يملكون شيئًا من مال مورثهم إلا بعد

---

(١) جواهر العقود الثمينة (٣/ ١٢٢٤)، وانظر التاج والإكليل مطبوع بهامش مواهب الجليل (٦/ ٣٦٦).

(٢) المنثور (٣/ ٣٣٤).

(٣) نهاية المطلب (١١/ ٢٠٤).

الوصية والدين. فصارت الوصية موقوفة، فإن قبلها الموصى له تبينا أن ملكه لها ثابت من وفاة الموصي، وإلا صارت ملكًا للورثة.

ولأن الموصى له يستفيد الملك من جهة الموصي، وليس من جهة الورثة، فإذا قبل الوصية تبين أنه ملك الموصى به من حين الموت؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب بالإيجاب، كالبيع والهبة.

القول الثاني:

يثبت الملك للموصى له من حين القبول، ولا يتقدم الملك على القبول.

وهو قول في مذهب المالكية، وقول في مذهب الشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة[١].

قال ابن قدامة: «إذا قَبِل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب»[٢].

وفي الإنصاف: «وإن قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح، وهو المذهب، قاله المصنف (ابن قدامة) وغيره وأومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى، ونصره القاضي وأصحابه . . .»[٣].

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٢٤)، حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١٦٩)، مختصر المزني (ص١٤٤)، مغني المحتاج (٣/ ٥٤)، نهاية المحتاج (٦/ ٦٧)، الحاوي الكبير (٣/ ٣٧٠) و (٨/ ٢٦٠)، نهاية المطلب (١١/ ٢٠٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٢)، قواعد ابن رجب (ص٣٩٧)، المغني (٦/ ١٥٦)، الإنصاف (٧/ ٢٠٦)، المبدع (٦/ ٢١)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥٣)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٦).

(٢) المغني (٦/ ١٥٦).

(٣) الإنصاف (٧/ ٢٠٦).

وفي قواعد ابن رجب: «ذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصى له لا يتقدم القبول..»[١].

وجاء في حاشية العدوي على الخرشي نقلًا عن بعض المالكية: «أن الغلة الحادثة بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له تكون للورثة كلها، ولا يأخذ منها الموصى له شيئًا»[٢].

وقال ابن شاس: «ومن أصحابنا من يقول: إن العين الموصى به باقية على حكم ملك الميت»[٣].

❑ وجه هذا القول:

الأمر مبني على مقدمتين ونتيجة:

المقدمة الأولى: الملك في الوصية متوقف على القبول.

المقدمة الثانية: القبول في الوصية سبب أو شرط لانتقال الملك.

والنتيجة: الانتقال يجب أن يتأخر عن القبول؛ لأن الشيء لا يتقدم على سببه، ولا على شرطه.

ولأن كل تمليك اعتبر القبول فيه وجب أن يكون القبول مؤثرًا في تحصيل الملك، حتى لا يتقدم حصول الملك عليه، وأيضًا فإن إدخال الأشياء في أملاك الناس قهرًا من غير ولاية بعيد عن قاعدة الشريعة.

---

(١) القواعد لابن رجب (ص٣٩٧).

(٢) حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١٦٩).

(٣) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٢٤).

ويشكل على هذا القول:

أن النماء في الوصية من ولد وثمرة، وما يجب من نفقة إن قلنا: إن ملك الموصى له من حين القبول، فمن يملك هذا النماء:

فلا يصح أن يقال إنه ملك للميت؛ لأن هذا النماء حدث بعد موته، والميت لا يملك.

ولا يصح أن يقال: إنه ملك للورثة، فإن ملك الورثة يأتي بعد الوصية والدين، والله أعلم.

ويجاب عن هذا الإشكال:

بأنه لو رد الوصية فإنها ترجع للورثة، والورثة إنما استحقوها؛ لأنها في الأصل رجعت في ملك مورثهم.

وهذا الرجوع في ملك المورث يدل على أن الموصى به لم ينفصل عن ملك المورث أصلًا، وعليه فإن النماء تبع لأصله، فإن قبل الموصى له الوصية امتلك الأصل والنماء، وإن لم يقبلها رجع إلى ملك المورث، وهذا يعني استحقاق الورثة.

القول الثالث:

يثبت الملك للموصى له بموت الموصي.

اختاره زفر من الحنفية، وهو قول في مذهب المالكية، وقول في مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة[1].

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٥)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٨٩)، =

جاء في منهاج الطالبين: «وهل يملك الموصى له بموت الموصِي، أم بقبوله، أم موقوف، فإن قَبِلَ بان أنه مَلَكَ بالموت، وإلا بان للوارث: أقول، أظهرها الثالث»[١].

وقال إمام الحرمين: «حاصل الأقوال في ذلك ثلاثة:

أحدها: أن الملك يحصل بموت الموصي من قبل القبول، ولكن لزومه منوط بالقبول، فإن قبل الموصى له، لزم الملك، واستقر إذًا ... وإن رد، انقطع الملك بعد ثبوته ...»[٢].

وجاء في قواعد ابن رجب: «الملك للموصى له: إما بالموت بمجرده من غير قبول، أو بالموت مراعى بالقبول، أو بالقبول من حينه دون ما قبله»[٣].

القول الرابع:

أن المعتبر في تنفيذ الوصية وقت الموت ووقت القبول معًا، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية.

جاء في حاشية الدسوقي: «الخلاف في أن المعتبر في تنفيذ الوصية، هل هو وقت قبول المعين لها؟ إذ مقتضى كون قبول المعين بعد الموت شرطًا في تنفيذ

= البناية شرح الهداية (١٣/ ٤٠٣)، المبسوط (٢٨/ ٤٧)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، وانظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، الذخيرة (٧/ ١٥٢)، القواعد لابن رجب (ص٩٦، ٤٥٩)، الإنصاف (٧/ ٢٠٣).

(١) منهاج الطالبين (ص٩٠).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٠٤).

(٣) القواعد لابن رجب (ص٧٧).

الوصية أن يكون المعتبر في تنفيذها وقت القبول، فإذا تأخر القبول حتى حدوث الغلة بعد الموت، فلا يكون شيء منها للموصى له بل كلها للموصي.

أو المعتبر في تنفيذها وقت الموت؛ لأن الملك للموصى له بالموت، ومقتضى كون الملك له بالموت أن الغلة المذكورة كلها للموصى له.

أو المعتبر في تنفيذها الأمران معًا، وهما وقت القبول، ووقت الموت؛ لكون القبول شرطًا في تنفيذها، والملك بالموت: أقوال ثلاثة.

فمن اعتبر في تنفيذها وقت قبول المعين لها فقط قال الغلة كلها للموصي.

ومن اعتبر في تنفيذها وقت الموت فقط، قال: كلها للموصى له.

ومن راعى الأمرين معا أعطى للموصى له منها ثلثها ومراعاة الأمرين معا هو المشهور وأعدل الأقوال عند سحنون»[1].

ثمرة الخلاف:

إن قلنا: إن الوصية ملك للموصى له من موت الموصي، فالنماء مهما بلغ فهو ملك للموصى له، ولا يحسب من الثلث؛ لأن النماء حدث على ملك الموصى له.

وإن قلنا: إن الوصية لا تدخل ملك الموصى له إلا بعد القبول:

فإن كانت الوصية قبل ذلك على ملك الميت، فالنماء يحسب من الثلث، وتوفر به التركة، فما زاد على الثلث لا يملكه الموصى له، بل يرجع إلى مال الوارث.

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، وانظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤).

وإن كانت الوصية قبل القبول على ملك الورثة، فنماؤه لهم خاصة.

وإن قيل: إن المعتبر وقت الموت ووقت القبول، كانت الوصية للموصى له، وكان له ثلث النماء فقط.

وخالف الحنفية في النماء، فهم وإن كان المذهب على أن الموصى به موقوف، فإن قبل كان الملك ثابتًا له من وقت وفاة الموصي، وإن ردها كان الملك للورثة، إلا أنهم لم يرتبوا على ذلك ملك النماء، فالنماء عندهم يختلف حكمه قبل قسمة التركة وبعدها:

فإن حدث النماء بعد القبول وبعد قسمة التركة كان النماء للموصى له.

وأما إن حدث النماء قبل القسمة، ولو كان بعد القبول فالمال كله على ملك الميت بدليل أنه ينفذ وصاياه من المال، وتقضى منه ديونه، وهذا دليل على بقاء ملك الميت للمال[1].

❑ الراجح:

أن الوصية تنعقد بالإيجاب وحده، وأن القبول ليس شرطًا في صحتها، وإنما شرط في لزومها، فإذا مات الموصي لزمت الوصية في حقه، وكان الموصى له مستحقًا للوصية بموجب هذا الإيجاب، فإن قبلها ثبت أن الوصية كانت له من حين الموت، وإن رد فسخت الوصية، هذا ما أميل إليه، والله أعلم.



(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٣٨)، المبسوط (٢٩/ ١٣)،



المبحث الثامن
في إضافة الوصية

الإضافة من خصائص الوصية التي لا تنفك عنها.

[م-١٦٣١] ذهب عامة الفقهاء إلى صحة إضافة الوصية إلى المستقبل، ذلك أن طبيعة عقد الوصية لا يفيد الملك في الحال، لأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، فالإضافة من خصائص الوصية التي لا تنفك عنها[١].

ومعنى كون العقد مضافًا إلى المستقبل: أي أن آثار العقد لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه.

فالوصية تنعقد بإيجاب من الموصي، إلا أن آثارها المترتبة عليها، وهي انتقال الملك إلى الموصى له لا يقع إلا بعد وفاة الموصي، وقبول الموصى له، وهذا معنى إضافتها إلى المستقبل.

قال ابن عابدين: وما تصح إضافته إلى الزمان المستقبل: الإجارة ... والإيصاء والوصية ...»[٢].

وقال الزيلعي: «والإيصاء: وهو إقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعد الموت، والوصية: وهي تمليك المال بعد الموت، لا يكونان إلا مضافين؛ إذ الإيصاء في الحال لا يتصور»[٣].

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٤٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٥٥-٢٥٦)، البحر الرائق (٨/ ٤٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٣).
(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٥٥-٢٥٦)
(٣) تبيين الحقائق (٥/ ١٤٨).

وقال عبد العزيز البخاري الحنفي: «قوله أنت حر بعد موتي إضافة، وليس بتعليق صورة، ولكن فيه معنى التعليق باعتبار تأخر الحكم عن زمان الإيجاب»(١).

وفي تكملة رد المحتار: «إذا أوصى بعتق عبده بعد موته، أو قال: هو حر بعد موتي بيوم أو شهر فإنه كسائر الوصايا»(٢).

وفي المدونة: «أرأيت لو أن رجلًا أوصى بعتق عبده من بعد موته، أو قال: هو حر بعد موتي بشهر، أو قال: أعتقوه بعد موتي بشهر، ثم مات السيد، أيكون هذا الكلام: قوله أعتقوه، وقوله: هو حر بعد موتي بشهر سواء؟ قال: نعم وهو قول مالك»(٣).

وفي المنتقى شرح الموطأ: «قال ابن القاسم في المجموعة: إن قال إن مت فعبدي حر، أو قال بعد موتي بشهر إن مت فأعتقوه فذلك سواء، قال الشيخ أبو محمد: يريد وهي وصية»(٤).

فقوله: (بعد موتي بشهر) من إضافة الوصية إلى المستقبل.

وقال السبكي: «والوصية يصح تعليقها، فلا يمتنع إضافتها إلى المستقبل»(٥).

---

(١) شرح أصول البزدوي (٤/ ٣٢٢).
(٢) قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار (٧/ ٢٦٣).
(٣) المدونة (٦/ ١٢).
(٤) المنتقى للباجي (٦/ ١٤٩).
(٥) فتاوى السبكي (١/ ٤٨٩).

وقال السبكي أيضًا في الأشباه والنظائر: «إذا قال: إن مت فأنت حر بعد موتي بشهر . . . يتوقف العتق على انقضاء الشهر، وكذا إذا قال: إن مت فأنت حر إن شئت، الصحيح يوقف العتق على مشيئة العبد بعد موت مولاه»[١].

وقال ابن حجر الهيتمي: «إذا قال: أوصيت بثمرة بستاني لفلان، أو لبني فلان عشر سنين، ثم بعد مضيها يكون الأصل والثمرة لفلان صحت الوصيتان على ما ذكره، كما دل عليه كلامهم في مسائل منها: قولهم لو قال استخدموا عبدي سالمًا بعد موتي سنة، ثم أعطوه فلانًا، أو ثم أعتقوه صح، ولا تقوم عليهم خدمة السنة لاستعمالهم ملكهم، وتقوم بعدها»[٢].

وفي مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج: «سئل سفيان عن رجل قال: فلان حر بعد موتي بشهر؟ قال: هو من الثلث. قال أحمد: جيد. قال إسحاق: كما قال»[٣].

وفي الموسوعة الكويتية: «لا خلاف بين الفقهاء في جواز تعليق الوصية على شرط وإضافتها للمستقبل»[٤].

وفي الإجماع نظر، ففي مذهب الحنابلة روايتان في بعض صور إضافة الوصية إلى المستقبل.

---

(١) الأشباه والنظائر (٢/ ٣٧).
(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى (٤/ ٤١).
(٣) مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٤٣٩).
(٤) الموسوعة الكويتية (٣٤/ ٢٣٢).

جاء في الإنصاف: «ومنها لو قال: عبدي فلان حر بعد موتي بسنة، فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة، أم يبطل على روايتين»[(١)].

إحداهما: لا يعتق؛ لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر.

والثانية: أنه يعتق لأنه إعتاق بعد الموت، فإذا مات، ومضت المدة فقد تحقق عتقه.

قال ابن قدامة: «وإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر. فذكر أبو الخطاب فيها روايتين:

إحداهما: لا يعتق، وهو قياس المنصوص عنه في قوله: أنت حر بعد موتي بيوم، أو شهر، فإنه قال: لا يعتق؛ لأنه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره، فلم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك، فأنت حر. ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز.

والثانية: يعتق، وهو الذي ذكره القاضي . . . لأنه صرح بذلك، فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها، ويفارق التصرف بعد البيع؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه، بخلاف ما بعد البيع.

والأول أصح، إن شاء الله تعالى. ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة؛ لأن الملك لا يستقر للورثة فيه، ولا يملكون التصرف فيه، بخلاف مسألتنا»[(٢)].

---

(١) الإنصاف (٧/ ٤٣٦).

(٢) المغني (١٠/ ٣٤٤).

❑ الراجح:

صحة إضافة الوصية على زمن مستقبل كما لو علق الوصية على صفة توجد بعد الموت، والله أعلم.





المبحث التاسع
في تعليق الوصية بالشرط

الفرع الأول: تعريف التعليق

تعريف التعليق:

ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط[١].

فيكون تعليق الوصية بالشرط: هو ربط حصول الوصية بواقعة تحتمل الحدوث في المستقبل، كأن يقول: إذا رجعت من الحج هذا العام فقد أوصيت بداري لطلاب العلم، أو إذا ملكت هذه الأرض فهي وصية لعمارة المسجد[٢].

فالصيغة المعلقة على شرط لا تنشئ الوصية إلا بعد تحقق هذا الشرط.

ويختلف تعليق الوصية بالشرط عن إضافتها إلى الزمن المستقبل:

فتعليق الوصية: تعليق إنشاء الوصية على حصول أمر آخر، فإن حصل انعقدت الوصية، وإن لم يحصل فالوصية لم تنعقد أصلًا، كأن يقول: إن حفظت القرآن أوصيت لك بثلث مالي، فقبل الحفظ لم تنعقد الوصية.

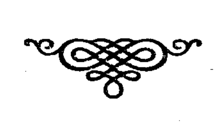
وأما إضافة الوصية إلى المستقبل، فالوصية تنعقد في الحال، وأثرها لا يوجد إلا في الوقت الذي أضيف إليه، كأن يقول: عبدي حر بعد موتي بشهر، فالنص

---

(١) البحر الرائق (٤/ ٢)، الدر المختار (٣/ ٣٤١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٤٠).

(٢) انظر أحكام الوصية د. حسين حامد حسان (ص٥٤).

ليس فيه تعليق، فالوصية منعقدة في الحال، وتنفيذ الوصية يتأخر إلى الوقت الذي أضيف إليه.



الفرع الثاني
في حكم تعليق الوصية بالشرط

الوصية تحتمل التعليق.

المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز.

[م-١٦٣٢] اختلف العلماء في حكم تعليق الوصية بالشرط على قولين:

القول الأول:

ذهب الأئمة الأربعة على جواز تعليق الوصية بالشرط(١).

جاء في الدر المختار: «قال لمديونه: إذا متُ فأنت برئ من ديني الذي عليك صحت وصيته، ولو قال: إن متَّ لا يبرأ للمخاطرة»(٢).

علق ابن عابدين في حاشيته بقوله: « (قوله: صحت وصيته) أي لأن تعليق الوصية بالشرط جائز كما في القنية . . . لو قال لمديونه: إن متَّ بفتح التاء فأنت بريء لا تصح؛ لأنه تعليق بخطر: أي والإبراء لا يصح تعليقه بخلاف الوصية»(٣).

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٠٨)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٦٦)، المبسوط (٨/ ٥٠-٥١)، تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٧)، مواهب الجليل (٦/ ٣٧٠)، الخرشي (٨/ ١٧٢-١٧٣)، الذخيرة (٧/ ٥٩)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٨)، البيان للعمراني (٨/ ١٧١)، تحفة المحتاج (٧/ ٧)، الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص٣٥٤)، المغني (٦/ ١٥٨)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٦٦).

(٣) المرجع السابق (٦/ ٦٦٦).

وقال في تنقيح الفتاوى الحامدية: «والحاصل أن مناط الفرق: هو ضم التاء وفتحها في (مت) لا التعليق (بأن) أو (إذا).

❑ ووجه الفرق:

أنه إذا ضم التاء يكون تمليكًا معلقًا على ما بعد موت المملك فيصح؛ لأنه وصية بخلاف فتحها؛ لأنه لا يمكن أن يكون وصية؛ لأن المعلق عليه موت المديون، لا الدائن المملك، وحينئذ يكون إبراء معلقًا، والإبراء لا يقبل التعليق بالخطر.

والمراد بالخطر هنا: المعدوم المترقب الوقوع، وإن كان لا بد من وقوعه، كالموت، ومجيء الغد احترازًا عما لو علق الإبراء بشرط كائن، كقوله لمديونه: إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك عنه فإنه يصح كما ذكره العلائي رحمه الله آخر كتاب الهبة، هذا ما ظهر، والله تعالى أعلم»[(١)].

وصحح في المبسوط أن يوصي للعبد، ويعلق الوصية على عتقه، قال السرخسي: «أن يقول: إذا عتقت فثلث مالي وصية لك، فإن أدى بدل الكتابة، وعتق، ثم مات جازت الوصية؛ لأن المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز، وإن لم يؤد حتى مات فهذه الوصية باطلة»[(٢)].

وجاء في الذخيرة: «قال في الكتاب: إن مت من مرضي هذا، أو من سفري هذا، فأنت حر أو لفلان كذا فهي وصية تنفذ إن مات من مرضه ذلك، أو من سفره، فإن صح، أو قدم ولم يغيرها حتى مات لا تنفذ لتقييده لما قد بطل»[(٣)].

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٧).

(٢) المبسوط (٨/ ٥٠-٥١).

(٣) الذخيرة (٧/ ٥٩).

وفي البيان للعمراني: «يجوز تعليق الوصية على شرط في حياة الموصي، بأن يقول: إن حج فلان في حياتي، أو قدم في حياتي.. فقد أوصيت له بكذا؛ لأن الوصية تصح في المجهول، فصح تعليقها على شرط، كالطلاق والعتاق.

ويصح تعليقها على شرط بعد موت الموصي، بأن يقول: إن حج فلان بعد موتي، أو تعلم القرآن وما أشبهه.. فقد أوصيت له بكذا؛ لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة، فإذا جاز تعليق الوصية، على شرط في حالة الحياة.. جاز بعد الموت»[١].

جاء في تحفة المحتاج: «يصح تعليق الوصية بالشرط في الحياة أو بعد الموت كأوصيت بكذا له إن تزوج بنتي أو رجع من سفره أو إن مت من مرضي هذا أو إن شاء زيد فشاء أو إن ملكت هذا فملكه»[٢].

وفي أسنى المطالب: «ولو قال: أوصيت لزيد بألف إن تبرع لولدي بخمسمائة صحت، وإذا قبل لزم دفعها إليه، قيل: وهي حيلة في الوصية للوارث»[٣].

وأرى أن هذه من الحيل المحرمة؛ لأنه يتوصل بها إلى محرم، والله أعلم.

واختلف الشافعية في الوصية إذا علقها على الملك قبل تملكها، كما لو قال: أوصيت لك بهذه الدابة، وهي ملك لغيره، ولهم فيها وجهان:

---

(١) البيان للعمراني (٨/ ١٧١).

(٢) تحفة المحتاج (٧/ ٧).

(٣) أسنى المطالب (٣/ ٣٣)، وانظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ١٦١)، فتاوى الرملي (٣/ ٨٠)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣).

الأول: تصح الوصية، لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فهذا أولى.

جاء في مغني المحتاج: «وكذا لو علق بملكه له، كأن قال: أوصيت به لفلان إن ملكته، فيصير موصى به إذا ملكه»[١].

والثاني: لا تصح؛ لأن هذه العين يملك مالكها الوصية بها، فلو صححنا الوصية لأدى إلى أن الشيء الواحد يكون محلًا لتصرف اثنين، وهو ممتنع، وضعفه النووي[٢].

جاء في الروضة: «إن أوصى بمال الغير، فقال: أوصيت بهذا العبد، وهو ملك غيره، أو بهذا العبد إن ملكته، فوجهان:

أحدهما: تصح؛ لأنها تصح بالمعدوم، فذا أولى.

والثاني: لا؛ لأن مالكه يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلًا لتصرف شخصين، وبهذا قطع الغزالي.

قلت: الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب، والله أعلم»[٣].

وفي الهداية على مذهب الإمام أحمد: «ويجوز تعليق الوصية بشرط في حال الحياة وبعد الموت، نحو قوله: إن مت من مرضي هذا فقد وصيت كذا، فإن مات في مرضه وإلا بطلت. ونحو قوله: إن مت بعد خمس سنين فتصدقوا بكذا، فإن مات قبل الخمس سنين بطلت الوصية نص عليه»[٤].

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٤٠).

(٢) كفاية الأخيار (ص٣٤١).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ١١٩).

(٤) الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص٣٥٤).

وقال ابن قدامة: «وتصح الوصية مطلقة ومقيدة:

فالمطلقة أن يقول: إن مت فثلثي للمساكين، أو لزيد.

والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو في هذه البلدة، أو في سفري هذا، فثلثي للمساكين. فإن برأ من مرضه، أو قدم من سفره، أو خرج من البلدة، ثم مات، بطلت الوصية المقيدة، وبقيت المطلقة»[1].

القول الثاني:

لا يصح تعليق الصيغة في الوصية، وقد حكي هذا القول لبعض الشافعية، وبعض الحنابلة.

قال الزركشي في القواعد: «وأما تعليق الوصية، فنقل الرافعي في كتاب الوقف عن القفال، ما يقتضي المنع؛ لأنه تعليق صيغة ...»[2].

وفي الإنصاف: «والوصايا تقبل التعليق، وقال أبو الخطاب في الهداية: لا تصح، واختاره ابن البنا»[3].

❑ **الراجح:**

القول بصحة تعليق الوصية بالشرط، لأن طبيعة عقد الوصية ليس ناجزًا في الحال حتى يمنع التعليق، والله أعلم.

❀ ❀ ❀

---

(١) المغني (٦/ ١٥٨).

(٢) المنثور في القواعد الفقهية (١/ ٣٧٢)، وانظر تحفة المحتاج (٧/ ٧).

(٣) الإنصاف (٧/ ٢٤).

المبحث العاشر
في توقيت الإيصاء والوصية

[م-١٦٣٣] إذا قال الرجل: أوصيت سنة، أو إلى بلوغ ابني، أو إلى قدوم زيد، فهذه وصية مؤقتة، وقد أجاز الفقهاء توقيت الوصية والإيصاء، فالأول فيه شبه بالعارية، والثاني فيه شبه بالوكالة، وكلاهما يقبل التوقيت، ولم يخالف في ذلك أحد فيما أعلم[(١)].

جاء في البحر الرائق: «ولو قال لفلان وصي إلى أن يقدم فلان فهو كما قال»[(٢)].

وجاء في المدونة: «أرأيت إن أوصى إلى رجل، فقال: فلان وصيي حتى يقدم فلان، فإذا قدم فلان ففلان القادم وصيي، أيجوز هذا؟ قال: نعم هذا جائز»[(٣)].

وقال القرافي: «ولو قال فلان وصيي حتى يقدم فلان فيكون وصيي جاز.

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٢٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٢)، البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢١٩)، التاج والإكليل (٦/ ٣٨٨)، المدونة (٦/ ١٨)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥١)، الخرشي (٨/ ١٩١)، الذخيرة (٧/ ١٦٥)، منح الجليل (٩/ ٥٧٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٦)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٩)، حاشية الجمل (٤/ ٧٢)، المنثور في القواعد (١/ ٣٧١)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٤١)، المغني (٦/ ١٤٤)، الإنصاف (٧/ ٢٩١-٢٩٢)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٢)، المبدع (٦/ ١٠٥).

(٢) البحر الرائق (٨/ ٥٢١).

(٣) المدونة (٦/ ١٨).

قال صاحب النكت إن قدم فلم يرض أو مات في غيبته بقي الأول على وصيته لأنه مغيا بغاية لم تحصل. قال التونسي الأمر كذلك في الموت، أما إن قدم فلم يقبل فظاهر الأمر سقوط الوصية لإيقافه على الغيبة، وقد قدم إلا أن يكون المفهوم إذا قدم وقبل»[١].

وجاء في تحفة المحتاج: «لو قال أوصيت لزيد، ثم من بعده لعمرو، أو إليك إلى بلوغ ابني أو قدوم زيد، فإذا بلغ، أو قدم، فهو الوصي جاز»[٢].

وجاء في مغني المحتاج: «ويجوز فيه: أي الإيصاء التوقيت، كأوصيت إليك سنة، أو إلى بلوغ ابني كما مر.

والتعليق: كإذا مت فقد أوصيت إليك؛ لأن الوصاية تحتمل الجهالات والأخطار فكذا التوقيت والتعليق.

ولأن الإيصاء كالإمارة، وقد «أمر النبي ﷺ زيدًا على سرية، وقال: إن أصيب زيد فجعفر وإن أصيب جعفر، فعبدالله بن رواحة. رواه البخاري»[٣][٤].

وقال ابن قدامة: «وإذا قال: أوصيت إلى زيد، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك، رواية واحدة، ويكون كل واحد منهما وصيا، إلا أن عمرًا وصي بعد زيد»[٥].

---

(١) الذخيرة (٧/ ١٦٥).

(٢) تحفة المحتاج (٧/ ٨٩).

(٣) الحديث رواه البخاري (٤٢٦١).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٧٧).

(٥) المغني (٦/ ١٤٤).

المبحث الحادي عشر
في اقتران الوصية بالشرط

الشرط إما أن يقتضيه العقد أو لا: فإن اقتضاه فهو صحيح.

وإن لم يقتضيه العقد، فإما أن يكون من مصلحته أو لا: فإن كان من مصلحته فهو صحيح.

وإن لم يكن من مصلحة العقد، فإما أن يتعلق به غرض أو لا: فإن لم يتعلق به غرض صح العقد وبطل الشرط.

وإن تعلق به غرض لأحدهما، ولم يكن مخالفًا للشرع، ولم يناف موجب العقد صح العقد والشرط.

[م-١٦٣٤] تعريف اقتران الوصية بالشرط:

أن يصدر الإيجاب من الموصي منشئًا للوصية على أن يكون الاستحقاق مقيدًا بشرط للحصول على الوصية.

كأن يقول: أوصيت بهذه الدار لزيد بشرط أن يسكنها.

أو يقول: أوصيت بهذه الدراهم لعبد الله بشرط أن يتزوج بها.

فهي وصية مقيدة، وليست معلقة، وهذا هو الفارق بين الوصية المعلقة والمقترنة بالشرط، فالوصية المعلقة لا تنعقد إلا عند حصول الشرط، بخلاف الوصية المقترنة بالشرط فإنها تنعقد إلا أنها مقيدة، وليست مطلقة.

وأما حكم اقتران الوصية بالشروط فهذا يختلف من شرط لآخر، فلا يمكن أعطاء حكم عام في هذه المسألة، فبعض الشروط قد تكون صحيحة أو فاسدة

بالاتفاق، وبعضها قد يختلفون في قبولها وردها، نظرًا لاختلاف موقفهم من الشروط في العقد عامة.

كما يرجع الاختلاف إلى مسألة سبق بحثها في عقد البيع في المجلد الخامس، وهي: ما هو الأصل في الشروط، هل الأصل فيها الصحة والجواز، أو الأصل فيها المنع.

ولدينا في هذا ثلاث مدارس:

المدرسة الأولى: وهي مدرسة واسعة جدًا، تجعل الأصل في الشروط الحل والإباحة، ولا يحرم منها، ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله وهي مدرسة الحنابلة، وينصره هذا القول ابن تيمية وابن القيم.

المدرسة الثانية: مدرسة ضيقة جدًا تجعل الأصل في الشروط البطلان والتحريم إلا ما نص الشارع على جوازه بخصوصه، وهذا مدرسة الظاهرية.

المدرسة الثالثة: هي أوسع من مذهب الظاهرية، وأضيق من مذهب الحنابلة، حيث يمنع بعض الشروط ويصحح بعضها، وهو بقية المذاهب.

ولهذا قال ابن تيمية لما ذكر مذهب الظاهرية، قال: وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد»[(١)].

وهذا الكلام من ابن تيمية كأنه ينسب هذا المذهب إلى جمهور الفقهاء، وحتى لا يفهم منه أن مذهب الجمهور مطابق لقول ابن حزم، استدرك ذلك

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢٦-١٢٧)، وانظر المدخل للزرقاء (١/ ٤٧٦)، وانظر القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية (٢/ ١٤٨) وما بعدها.

بقوله: إلا أن «هؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم؛ لقولهم بالقياس، والمعاني، وآثار الصحابة، ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر»[١].

فقوله: (يتوسعون في الشروط أكثر منهم لقولهم بالقياس) دليل على أن هذا قسم ثالث، أضيق من مذهب الحنابلة، وأوسع من مذهب أهل الظاهر.

إذا علم ذلك فإن الأئمة لا يختلفون في قبول كل شرط يقتضيه العقد، وهذا الاشتراط في الحقيقة اشتراط صوري: لأن الشرط الذي يقتضيه العقد شرط لازم مستحق بموجب العقد، سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، فذكره لا يضيف شيئًا إلى العقد، وعدم ذكره لا يضره، فذكره من باب البيان والتوكيد.

«قال المازري: الشروط ثلاثة: شرط يقتضيه العقد، كالتسليم، والتصرف، فلا خلاف في جوازه، ولزومه، وإن لم يشترط»[٢].

مثاله: أن يشترط تسليم الوصية للموصى له بعد موت الموصي. فهذا شرط صحيح يقتضيه العقد وإن لم يشترط.

وكذلك يصح من الشروط: كل شرط يكون في اشتراطه مصلحة للموصي أو للموصى له، ولم ينه عنه الشارع، ولم يكن مخالفًا لمقاصد الشريعة؛ ولم يناف مقتضى العقد؛ لأن الأصل في الشروط الصحة والجواز.

فإن اشترط ما ينافي العقد، أو يخالف مقصود الشارع، أو ليس فيه مصلحة لأحد، أو كان في اشتراطه معصية بطل الشرط.

---

(١) القواعد النورانية (ص٣٦٩).

(٢) شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١١٦).

❑ مثال اشتراط ما ينافي العقد:

اشتراط ما ينافي العقد كأن يوصي لفلان بمال بشرط أن لا يتصرف به، أو إذا مات الموصى له والوصية قائمة تكون لفلان، ولا تكون لورثة الموصى له، فهذا الشرط ينافي العقد؛

❑ وجه كونه منافيًا:

أن من ملك شيئًا ملك التصرف فيه.

وإذا بطل الشرط، فهل يعود على الوصية بالبطلان، أو يبطل الشرط وحده وتنفذ الوصية؟ قولان لأهل العلم[١].

جاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: «قال: أوصيت بخدمة عبدي هذا لفلان على أن لا يسلم العبد إلى الموصى له، ومات الموصي، والعبد يخرج من الثلث، يسلم للموصى له بالخدمة؛ لأن هذا شرط فاسد لمخالفته لمقتضى الوصية وهي لا تبطل به»[٢].

وقال ابن حجر الهيتمي: «تعليق الوصية بالشرط ينبغي أن يستثنى منه نحو ما ذكر في السؤال من الشروط المنافية لموضوع الوصية؛ إذ موضوعها ملك العين بالتصرف فيها بالبيع، وغيره، فاشتراط عدم البيع مناف لموضوعها، فكان القياس أنه يفسدها.

فإن قلت: وبقية الشروط منافية لموضوعها؟

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٤٦١)، تبيين الحقائق (٤/ ١٣٣).

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٣٣).

قلت: ممنوع، وإنما غاية ما فيها تعليق استحقاقها على صفة، فحيث وجدت وجد الاستحقاق، وإلا فلا»[١].

❑ مثال ما ينافي مقصود الشارع:

ما ينافي مقصود الشارع كأن يوصي لفلان بمال بشرط ألا يتزوج، فإن هذا الشرط باطل؛ لأنه مخالف لمقصود الشارع، وصحح الإمام مالك أن يوصي الرجل لزوجته على أن لا تنكح، فإن تزوجت فسخت وصيتها.

جاء في المدونة: «شهدت مالكًا، وسئل عن امرأة هلك عنها زوجها، وأوصى إليها على أن لا تنكح، فتزوجت. قال مالك: أرى أن تفسخ وصيتها»[٢].

وصحح المالكية والشافعية أن يوصي لأم ولده بشرط أن لا تتزوج.

جاء في تهذيب المدونة: «ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج، جاز، فإن تزوجت عزلت.

وكذلك لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج، فأخذتها، فإن تزوجت أخذت منها»[٣].

وجاء في مواهب الجليل: «فلو أوصى بشيء على شرط فلم يوف به الموصى (إليه) فإنه يرده قاله في معين الحكام في كتاب الوصايا: لو أوصى لأم ولده على

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٤/ ٣٢-٣٣).

(٢) المدونة (٦/ ٢٥).

(٣) التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٤٥)، وانظر فتح العلي المالك (١/ ٢٣٤).

أن لا تتزوج بوصية فتوفي ونفذت الوصية لها، ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذت»[١].

وجاء في تبصرة الحكام: «ولو أسند الوصية على أنها لا تتزوج، فتزوجت فسخت الوصية، قال ابن القاسم: وكذلك لو أوصى لأم ولده بألف درهم على أنها لا تتزوج، فإن تزوجت أخذت منها»[٢].

وجاء في تحفة المحتاج: «صرح الماوردي بقبولها للتعليق.. وللشرط بأن يجزم بالأصل ويشترط فيه أمرًا آخر حيث قال: لو أوصى بعتقها على أن لا تتزوج عتقت على الشرط، فإن تزوجت لم يبطل العتق والنكاح؛ لأن عدم الشرط يمنع إمضاء الوصية، ونفوذ العتق يمنع الرجوع فيه، لكن يرجع عليها بقيمتها تكون ميراثًا، وإن طلقها الزوج. ولو أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج أعطيتها، فإن تزوجت استرجعت منها بخلاف العتق»[٣].

❑ مثال الوصية بشرط لا مصلحة فيه:

والوصية بشرط لا مصلحة فيه كأن يوصي لفلان بشرط أن يأكل نوعًا من الطعام، أو يلبس نوعًا من الثياب، فهذا شرط لا نفع فيه لأحد فاشتراطه نوع من العبث، فيبطل الشرط، وتصح الوصية.

❑ مثال الوصية بشرط المعصية:

كأن يوصي له بشرط أن يشرب الخمرة، أو يتعاطى القمار، ونحوهما.

---

(١) مواهب الجليل (٦/ ٣٨٩).

(٢) تبصرة الحكام (٢/ ٢٢٣).

(٣) تحفة المحتاج (٧/ ٧).

❑ الشروط المختلف فيها:

هناك شروط هي محل خلاف في الجملة، وهي كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه:

فقولنا: (لا يقتضيه العقد) أي لا يستحق بمجرد العقد.

وقولنا: (لا ينافيه) أي لا ينافي مقتضى العقد، فمقتضى عقد الوصية أن يملك الموصى له الوصية بعد موت الموصي إذا مات ولم يتراجع أو يغير، وقبل ذلك الموصى له بعد وفاته.

فإن كان فيه مصلحة للعقد فهذا الشرط صحيح، وسبق الأمثلة له.

وإن كان هذا الشرط ليس فيه مصلحة للعقد، ولا ينافي العقد كاشتراط القيام بعمل معين، ففي عقود المعاوضات يختلف الفقهاء في صحتها كما لو اشترط حمل الحطب، وتكسيره، وخياطة الثوب، وبيع الدار بشرط سكناها ونحو ذلك، إلا أن هذه الشروط لا ينبغي الاختلاف في صحتها في عقود التبرعات، كأن يوصي لفلان بشرط أن يحج عنه، أو على أن تؤدى منه ما على الموصى له من ديون، فالأصل أن هذه الشروط صحيحة، ولا تستحق الوصية إلا إذا قام بشرط الموصي، كما قلنا ذلك في عقد الوقف؛ لأن الموصي إذا تبرع بماله فله أن يشترط من الشروط المباحة والتي له فيها غرض صحيح؛ فلا يخرج ماله إلا بشرطه، كما أن الهبات والتبرعات والوقف يجب أن يعمل فيها بشرط صاحبها، فكذلك الوصية.

ولعموم قوله ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[(١)].

---

(١) حديث (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)، معنى الحديث ثابت في =

ولأن الموصي قد تبرع بماله بهذا الشرط، فوجب اعتباره كاعتبار شرط الواقف، والله أعلم.

جاء في البحر الرائق: «إذا أوصى بثلثه لرجل على أن يحج عنه فهذا جائز»[١].

وهذا قول الأئمة خلافًا لابن حزم؛ فإنه يمنع الوصية بالحج؛ قال أبو محمد: «جواز الحج إذا أوصى به لا يوجد في شيء من النصوص، ولا يحفظ عن أحد من الصحابة، ولا يوجبها قياس؛ لأن الوصية لا تجوز إلا فيما يجوز للإنسان أن يأمر به في حياته بلا خلاف»[٢].

وقد فصلت الخلاف في الشروط المباحة في الوقف، وخلاف العلماء في اشتراط القربة فيها، هل يكون مطلقًا، أو فقط إذا كان الوقف على جهة؟

وما قيل في الوقف ينزل على الوصية، والله أعلم. ولي وقفة أخرى إن شاء الله تعالى في شروط الموصي، أسأل الله وحده العون والتوفيق.

❊ ❊ ❊

= الصحيحين من حديث أبي بكرة في البخاري (١٧٤١) ومسلم(١٦٧٩)، ورواه البخاري (١٧٣٩) من حديث ابن عباس (١٧٣٩)، ومسلم من حديث جابر (١٢١٨). وحكمه في حرمة مال المسلم مقطوع به، مجمع عليه. هذا من حيث الفقه.

وأما دراسة الحديث من حيث الإسناد، فقد سبق تخريج طرقه في عقد الشفعة، في مبحث (الشفعة على وفق القياس) فانظره مشكورًا في المجلد العاشر (ص١٥٩).

(١) البحر الرائق (٨/ ٤٦١)، وانظر الفتاوى الهندية (١/ ٢٥٨)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٧٨)، الذخيرة (٣/ ٢٠١)، الأم للشافعي (٢/ ١٢٩)، المبدع (٦/ ٤١)، المغني (٦/ ١٣٩).

(٢) المحلى، (٥/ ٣٨).

الباب الثالث
في شروط الموصي

الشرط الأول
أن تكون الوصية من مالك

[م-١٦٣٥] أن يكون الموصي مالكًا للموصى به، وهذا الشرط ذكره بعض الفقهاء، وتركه بعضهم إما لظهوره، وإما لأنه لا يشترط ذلك وقت عقد الوصية، ولذلك صحح الفقهاء الوصية بالمعدوم في الجملة، كما سيأتي بحثه إن شاء الله تعالى في أحكام الموصى به، أو اكتفاء بما ذكروه عند الكلام على وصية المحجور عليه لحظ غيره؛ لأن ماله قد تعلق به حق الغرماء.

قال في الإقناع: «الوصية تصح مع عدم المال، كالفقير إذا أوصى ولا شيء له، ثم استغنى»[١].

وقد نص على اشتراط الملك المالكية والشافعية في كتبهم، فذكر الدردير من شروط الوصية: أن يكون من «مالك للموصى به ملكًا تامًا، فمستغرق الذمة، وغير المالك لا تصح وصيتهما»[٢].

وقال في إعانة الطالبين: «وشرط في الموصي ... من كونه مالكًا بالغًا عاقلًا حرًا مختارًا»[٣].

---

(١) الإقناع (٣/ ٤٧).

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، وانظر الشرح الصغير (٤/ ٥٨٠).

(٣) إعانة الطالبين (٣/ ٢٥٥).

وبقيد الملك يخرج العبد؛ فلا تصح الوصية منه؛ لأن الوصية تبرع، وهو ليس من أهل التبرع.

جاء في تحفة الفقهاء: «وأما شرائط الصحة، فمنها: أهلية التبرع، حتى لا يصح من الصبي والعبد والمكاتب في حق المولى»[١].

وقال في الشرح الصغير: «وركنها الذي تتوقف عليه: موص، وهو الحر، فالعبد ولو بشائبة لا تصح وصيته»[٢].

[م-١٦٣٦] أما إذا أوصى العبد في حال رقه، ثم عتق، فهل تصح وصيته؟

في ذلك خلاف بين العلماء:

القول الأول:

تصح وصيته في غير المال مطلقًا، ولو كان ذلك حال رقه، وتصح وصيته في المال إن عتق قبل الموت، وهذا مذهب الحنابلة، وقول مرجوح في مذهب الشافعية[٣].

❑ وجه صحة وصية العبد في غير المال:

أن العبد إذا أوصى بغير المال فإن أهليته تامة صحيحة؛ لأن لهم عبادة صحيحة.

---

(١) تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٧).

(٢) الشرح الصغير (٤/ ٥٨٠).

(٣) مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٣-٤٤٤)، الإقناع (٣/ ٤٧)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩).

❑ وأما وجه صحة وصيتهم في المال إذا عتقوا قبل الموت:

الوجه الأول:

أن المعتبر هو المآل، وليس حال عقد الوصية، أرأيت لو أوصى لوارث، فصار عند الموت غير وارث صحت له الوصية، والعكس بالعكس.

الوجه الثاني:

أن الوصية تصح مع عدم المال قياسًا على الفقير إذا أوصى، ولا مال له، ثم استغنى صحت وصيته فكذلك العبد[1].

قال في الإنصاف عن وصية العبد: «إن كان فيما عدا المال: فصحيح، وإن كان في المال، فإن مات قبل العتق: فلا وصية على المذهب؛ لانتفاء ملكه، وإن قيل يملك بالتمليك صحت، ذكره بعض الأصحاب. والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن»[2].

القول الثاني:

لا تصح وصيته، وهو الأصح في مذهب الشافعية.

جاء في مغني المحتاج: «ولا رقيق، فلا تصح وصيته، سواء أكان قنًا أم مدبرًا أم مكاتبًا لم يأذن له سيده، أم أم ولد؛ لأن الله تعالى جعل الوصية حيث التوارث، والرقيق لا يورث، فلا يدخل في الأمر بالوصية.

وقيل: إن أوصى في حال رقه، ثم عتق، ثم مات، صحت؛ لأن عبارته

---

(١) مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٣-٤٤٤)، الإقناع (٣/ ٤٧).

(٢) الإنصاف (٧/ ١٨٣).

صحيحة، وقد أمكن العمل بها، والصحيح المنع؛ لعدم أهليته حينئذ»[١].

القول الثالث:

لا تصح إلا أن تكون مضافة إلى ما بعد العتق. وهذا مذهب الحنفية.

جاء في بدائع الصنائع: «ولا تصح وصية العبد المأذون، والمكاتب؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع، ولو أوصيا، ثم أعتقا، وملكا مالًا، ثم ماتا: لم تجز؛ لوقوعها باطلة من الابتداء، ولو أضاف أحدهما الوصية إلى ما بعد العتق، بأن قال: إذا أعتقت، ثم مت فثلث مالي لفلان: صح فرقا بين العبد، والصبي.

❑ ووجه الفرق:

أن عبارة الصبي فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الأصل، بل بطلت.

والباطل لا حكم له، بل هو ذاهب متلاش في حق الحكم، فأما عبارة العبد: فصحيحة لصدورها عن عقل مميز، إلا أن امتناع تبرعه لحق المولى، فإذا عتق فقد زال المانع»[٢].

❑ الراجح:

صحة وصية العبد إذا عتق قبل الموت، والله أعلم.



(١) مغني المحتاج (٣/ ٣٩).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤).

الشرط الثاني
في اشتراط أهلية الموصي

[م-١٦٣٧] تكلمنا عن الأهلية عند الكلام على شروط القبول، وأنها تنقسم إلى:

أهلية كاملة: وهي في حق العاقل البالغ الحر الرشيد غير المحجور عليه.

وأهلية ناقصة: وهي في حق المميز والسفيه.

وفاقد للأهلية: كالمجنون والصبي غير المميز.

والقاعدة: أن التبرعات المالية تتوقف على الأهلية الكاملة إلا أن الوصية لما كانت تبرعًا بعد الموت، فقد خالف الفقهاء في صحة وصية المميز والسفيه، ونحوهما مما سوف يكشف عنه في المبحث التالية إن شاء الله تعالى.





المبحث الأول
في وصية المجنون والصبي غير المميز

[م-١٦٣٨] اختلف العلماء في صحة وصية المجنون والصبي غير المميز:

القول الأول:

ذهب عامة أهل العلم إلى أن وصية المجنون والصبي غير المميز لا تصح منه[1].

❑ وجه القول بعدم الصحة:

الوجه الأول:

أن الوصية تتعلق صحتها بقصدها قولًا أو فعلًا، وهؤلاء لا قصد لهم صحيح، فأقوالهم ملغاة، لا اعتداد بها شرعًا، فلا ينعقد بها تصرف، ولا يلزمهم بها إقرار.

الوجه الثاني:

أن الوصية: إيجاب بالتبرع بعد الموت، فلا بد من توفر أهلية التبرع، والمجنون وغير المميز ليسا من أهل التبرع[2].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٤)، المقدمات الممهدات (٣/ ١١٣)، المنتقى للباجي (٦/ ١٥٤)، القوانين الفقهية (ص٢٦٦)، التاج والإكليل (٦/ ٣٦٤)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٤٥)، روضة الطالبين (٦/ ٩٧)، الحاوي الكبير (٨/ ١٨٩)، الوسيط (٤/ ٤٠٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٧)، المحرر (١/ ٣٧٦).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤)، وانظر الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٤).

جاء في المنتقى: «وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا تجوز وصيته. وجه ذلك: أنه لا يصح قصده كالمغمى عليه»[١].

وجاء في النتف للفتاوى للسغدي «وصية كل موص جائزة إلا نفسين: المجنون، والعبد؛ لأن ماله لسيده»[٢].

القول الثاني:

قال إياس بن معاوية: الصبي والمجنون: إذا وافقت وصيتهم الحق جازت.

قال ابن قدامة: «فأما الطفل، وهو من له دون السبع، والمجنون، والمبرسم، فلا وصية لهم، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ حميد بن عبد الرحمن، ومالك، والأوزاعي، والشافعي ن وأصحاب الرأي، ومن تبعهم.

ولا نعلم أحدًا خالفهم إلا إياس بن معاوية، قال في الصبي والمجنون: إذا وافقت وصيتهم الحق جازت، وليس بصحيح؛ فإنه لا حكم لكلامهما، ولا تصح عبادتهما، ولا شيء من تصرفاتهما، فكذا الوصية، بل أولى، فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها، فلأن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى، ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول، فلا يصح منهما، كالبيع والهبة»[٣].

(ث-٢١١) وقول إياس رواه ابن أبي شيبة في المصنف، قال: حدثنا

---

(١) المنتقى للباجي (٦/ ١٥٤).

(٢) النتف (٢/ ٨٢٠).

(٣) المغني (٦/ ٢١٦)، وانظر المبدع (٥/ ٢٣٠).

ابن مهدي، عن حماد بن سلمة، **عن إياس بن معاوية في وصية المجنون، قال: إذا أصاب الحق جاز.**

[صحيح عن إياس][1].

وقول إياس ضعيف جدًا، والله أعلم.



(١) المصنف (عوامة) (٣١٤٧٨).



المبحث الثاني
في تأثير الجنون الطارئ على الوصية

الاستبقاء أقوى من الابتداء.

حالة البقاء أيسر من الابتداء.

بقاء الشيء أهون من ابتدائه.

[م-١٦٣٩] اختلف العلماء في الجنون الطارئ بعد الوصية ومن كان جنونه متقطعًا إذا أوصى في حال إفاقته على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء أن الجنون الطارئ بعد إيجاب الوصية لا يبطلها، وكذلك تصح وصية من يجن أحيانًا إذا أوصى في حال إفاقته.

قال الباجي في المنتقى نقلًا عن عبد الملك «تجوز وصية المجنون في حال إفاقته، كما تجوز شهادته في حال إفاقته إن كان عدلًا»[(١)].

وقال ابن عبد البر: «وتجوز وصية المجنون إذا أوصى في حال إفاقته»[(٢)].

وقال ابن قدامة: «وأما الذي يجن أحيانًا ويفيق أحيانًا، فإن أوصى في حال جنونه لم تصح، وإن أوصى في حال عقله صحت وصيته؛ لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته، ووجوب العبادة عليه، فكذلك في وصيته وتصرفاته»[(٣)].

---

(١) المنتقى للباجي (٦/ ١٥٥)، وانظر شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١١١).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٤٥)

(٣) المغني (٦/ ١٢٠).

وقال في كشاف القناع: «وتصح الوصية في إفاقة من يخنق في بعض الأحيان؛ لأنه في إفاقته عاقل»[١].

القول الثاني:

فرق الحنفية بين الجنون المطبق وبين الجنون غير المطبق، فالأول يبطل الوصية دون الثاني على خلاف بين الحنفية في تقدير مدة الجنون المطبق[٢].

فقيل: سنة، وقيل: تسعة أشهر، وقيل: ستة أشهر، وقيل: شهر، وقيل: التفويض لرأي القاضي، وعليه الفتوى[٣].

واحتجوا لذلك:

بأن عقد الوصية عقد غير لازم قبل وفاة الموصي، يجوز للموصي الرجوع عنه في أي وقت شاء، والعقود غير اللازمة يشترط لبقائها ما يشترط في ابتدائها، فيشترط في بقاء الإيجاب حتى الوفاة بقاء أهلية الموجب؛ فكأنه يوجب الوصية له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء الوصية؛ لهذا اشترط في بقاء الإيجاب بقاء الأهلية حتى نعلم وجود الإرادة المستمرة لبقائه، وعدم الرجوع عنه، فإذا أطبق الجنون فقد زالت الأهلية، وانقطع الإيجاب بانقطاع الإرادة، بخلاف الجنون غير المطبق فإنه يشبه الإغماء، والإغماء لا ينافي بقاء الإيجاب[٤].

---

(١) كشاف القناع (٤/ ٣٣٧)، وانظر الإقناع (٣/ ٤٧).

(٢) المحيط البرهاني (٤/ ٦٨)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٨٣) و (٦/ ٦٦٣)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٠٩).

(٣) انظر حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٨٣).

(٤) انظر تبيين الحقائق (٥/ ٢١١)، العناية شرح الهداية (٨/ ١٤١)، البناية شرح الهداية (٩/ ٣٠٦).

ويناقش هذا من وجهين:

الوجه الأول:

أن الاستبقاء أقوى من الابتداء، وهذه قاعدة فقهية، فبقاء الإيجاب بعد عقده أقوى من ابتدائه، وقياس الاستبقاء على الابتداء قياس مع الفارق، فالدوام على الشيء ليس بمنزلة ابتدائه، ويغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، ولهذا أمثلة كثيرة تذكر في كتب القواعد الفقهية.

الوجه الثاني:

أن إبطال الإيجاب باحتمال رجوع الموجب قول ضعيف؛ لأن الاحتمال لا يبطل اليقين، واليقين أن الموصي قد عقد الوصية وأرادها، فيجب استصحاب هذا العقد، والرجوع عنه إنما هو مجرد احتمال، فلا ينقض اليقين بالاحتمال.

❑ الراجح:

أن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فإذا كان عقد الوصية حين عقده قد توفرت فيه أهلية العاقد لم يبطله تعرض صاحبه لجنون، كما لا يبطله تعرضه لغيبوبة مطبقة، فإن الإغماء يغطي العقل، وهو نوع من المرض، وكما أن الجنون الطارئ لا يلغي كل عباداته وعقوده السابقة من بيع، وإجارة ونحوهما، فكذلك الوصية والله أعلم.



المبحث الثالث
في وصية الصبي المميز

[م-١٦٤٠] اختلف العلماء في صحة وصية الصبي المميز على قولين:

القول الأول:

أن وصية الصبي المميز لا تصح، وهذا مذهب الحنفية، وأظهر قولي الشافعي، ورواية عند الحنابلة، وبه قال ابن حزم(١).

وروي هذا القول عن ابن عباس، وبه قال الحسن، والزهري، ومكحول، وجابر بن زيد، وغيرهم(٢).

جاء في بدائع الصنائع: «لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ، وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز»(٣).

---

(١) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٣٠)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤٠٥)، الهداية في شرح البداية (٤/ ٥١٦)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٥)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٣٠)، طرح التثريب (٦/ ١٩٢)، فتح الباري (٥/ ٣٥٦)، الحاوي الكبير (٨/ ١٨٩)، نهاية المطلب (١١/ ٢٩٨)، الوسيط (٤/ ٤٠٣)، البيان للعمراني (٨/ ١٦٠-١٦١)، المغني (٦/ ١١٩)، الإنصاف (٧/ ١٨٦)، المحلى، مسألة (١٧٦٤).

(٢) أما القول عن ابن عباس فسيأتي تخريجه عند ذكر الأدلة.
وأما قول الحسن فهو في مصنف ابن أبي شيبة (٣١٥٠٦) بسند صحيح عنه.
وقول الزهري في المصنف (٣١٥٠٧)، وسنده صحيح عنه.
وكذا قول مكحول في المصنف (٣١٥٠٨) وسنده صحيح عنه.
وأثر جابر بن زيد، رواه ابن أبي شيبة (٣١٥١٠)، وسنده صحيح.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٠).

وفيه أيضًا: «وأما الذي يرجع إلى الموصي فأنواع: منها أن يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال، وما يتعلق به؛ لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبرع، فلا تصح من الصبي، والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة؛ إذ لا يقابله عوض دنيوي، وهذا عندنا»[(١)].

وقال العيني في البناية: «ولا تصح وصية الصبي . . . سواء مات قبل الإدراك أو بعده»[(٢)].

وقال النووي: «ولا تصح وصية الصبي المميز وتدبيره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعتاقه، إذ لا عبارة له»[(٣)].

وقال في الإنصاف: «نقل الأثرم: لا تصح - يعني الوصية - من ابني اثني عشرة سنة . . . وقيل لا تصح حتى يبلغ»[(٤)].

وفي المغني: «ما زاد على العشر فتصح على المنصوص، وفيه وجه آخر: لا تصح حتى يبلغ»[(٥)].

وقال ابن حزم: «ولا تجوز وصية من لم يبلغ من الرجال والنساء أصلًا»[(٦)].

---

(١) المرجع السابق (٧/ ٣٣٤).
(٢) البناية (١٣/ ٤٠٥).
(٣) روضة الطالبين (٦/ ٩٧).
(٤) الإنصاف (٧/ ١٨٦).
(٥) المغني (٦/ ١١٩).
(٦) المحلى مسألة: (١٧٦٤).

❑ دليل من قال: لا تصح الوصية من المميز:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥].

وقال تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

ويناقش:

الآيتان تتكلمان عن منع دفع المال للسفيه، وأن يصرف ماله في مصالحه، وليستا في الوصية، فالاستدلال بالآية على منع الوصية كمن يمنع السفيه من الإنفاق على نفسه من أجل حظ غيره، فالوصية ليست هدرًا لماله وإضاعة له، بل هي من باب صرفها في مصلحته وتقديمه على الوارث، وقد أعطاه الله هذا الحق، وهو تصرف ينفذ بعد موته، والصبي والكبير بعد الموت سواء في حاجتهما إلى الصدقة على أنفسهما، فحرمان الصبي لحظ غيره ليس عدلًا.

الدليل الثاني:

(ح-١٠٢٢) ما رواه أحمد من طريق همام، عن قتادة، عن الحسن البصري، عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المعتوه أو قال: المجنون حتى يعقل، وعن الصغير حتى يشب**[1].

وفي رواية: وعن الصغير حتى يبلغ[2].

---

(١) المسند (١/ ١١٨).

(٢) المسند (١/ ١١٦).

[إسناده منقطع، ورجح الترمذي والنسائي والدارقطني وقفه، وقد سبق بحثه][1].

ويناقش:

الحديث يرفع التكليف عن الصبي فليست ذمته صالحة لتكليفه، ولا يمنعه الحديث من الحقوق التي له، ومنها الوصية.

الدليل الثالث:

(ث-٢١٢) روى ابن أبي شيبة حدثنا حفص، عن حجاج، عن عطاء، **عن ابن عباس قال: لا يجوز عتق الصبي، ولا وصيته، ولا بيعه، ولا شراؤه، ولا طلاقه.**

[إسناده ضعيف][2].

الدليل الرابع:

أن الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت، والصبي ليس من أهل التبرع، ألا ترى أنه لا يصح هبته في حال صحته، وحال الصحة آكد في الثبوت من الوصية، بدليل أن للبالغ أن يهب جميع ماله في حال صحته، ولا يجوز أن يوصي بأكثر من الثلث فإذا لم تجز هبته لم تجز وصيته.

وقال ابن شبرمة: أنا لا أجيز صدقته فكيف أجيز وصيته.

---

(١) انظر رقم (٧٩٢) من كتابي موسوعة أحكام الطهارة.

(٢) المصنف، (عوامة) (٣١٥٠٥)، وفي إسناده حجاج بن أرطأة، وفيه ضعف.

ويناقش:

المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله، وبعد الموت ينعكس النظر فيكون نفاذ الوصية من النظر له وتقديم حظ الصبي على حظ وارثه.

ورد هذا النقاش:

بأن الأجر ليس محصورًا في الوصية، فكما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث إن لم يكن الوارث أولى.

وأجيب على هذا الرد:

بأن الوارث له حق في الميراث قد أعطاه الله إياه، ولهذا منع من الوصية له إلا بإذن الورثة، ولا حق للوارث في الثلث، فلا وجه لمنع وصية المميز، والمعتبر فيه أن يعقل ما يوصي به.

الدليل الخامس:

إذا كانت الوصية شرعت لتدارك ما فات الإنسان من فرائض الطاعات، وما قصر في أدائه من حقوق وواجبات، فإن هذه الحكمة منتفية في حق الصبي؛ لأنه ليس من أهل التكليف.

ويناقش:

رغم أن هذه الحكمة ملتمسة وليس منصوصًا عليها، فإن هناك فرقًا بين الحكمة والعلة:

فالحكمة: هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بتشريعه الحكم.

والعلة: هي الوصف الظاهر المنضبط الذي بني عليه الحكم، وربط به وجودًا وعدمًا، فالإسكار علة لتحريم الخمر، والحكمة من تحريم الخمر حفظ العقل.

فانتفاء الحكمة لا يقتضي رفع الحكم بخلاف العلة، فالعلة من الإفطار والقصر: هي وجود السفر، والحكمة: هي دفع المشقة.

فيوجد الفطر والقصر مع السفر المريح جدًا، ولو انتفت المشقة، ولا يوجدان في حال الحضر، ولو وجدت المشقة، فالقول بأن الحكمة في مشروعية الوصية هي تدارك ما فات ليس كافيًا لانتفاء حكم الوصية في حق الصبي.

ومع ذلك فالوصية قربة، والقرب لا تنحصر في تدارك ما فات، بل هي وسيلة للحصول على رفيع الدرجات، والله أعلم.

القول الثاني:

تصح وصية الصبي المميز، وهو قول مالك، وأحمد، وأحد القولين عن الشافعي، ورجحه السبكي[١].

جاء في بداية المجتهد: «ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب»[٢].

وقال الماوردي في الحاوي: فأما «الموصي فمن شرطه أن يكون مميزًا، حرًا، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته في ماله مسلمًا كان أو كافرًا»[٣].

---

(١) الخرشي (٨/ ١٦٨)، منح الجليل (٩/ ٥٠٤)، التاج والإكليل (٦/ ٣٤)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، شرح حدود ابن عرفة (ص٥٣٠)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٤)، شرح ميارة (٢/ ٢١٦).

(٢) بداية المجتهد (٤/ ١١٩).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ١٨٩).

جاء في الإنصاف: «إذا جاوز الصبي العشر صحت وصيته على الصحيح من المذهب، نص عليه في رواية الجماعة، وعليه الأصحاب، حتى قال أبو بكر: لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته . . .»(١).

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول:

(ث-٢١٣) ما رواه مالك في الموطأ، عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم، عن أبيه، أن عمرو بن سليم الزرقي، أخبره، **أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلامًا يفاعًا لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم له. قال عمر بن الخطاب: فليوص لها. قال: فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم، قال عمرو بن سليم: فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم. وابنة عمه التي أوصى لها، هي أم عمرو بن سليم الزرقي**(٢).

[روي متصلًا ومنقطعًا، والرواية المتصلة من رواية عبد الله بن أبي بكر عن أبيه، وهو أعلم بأبيه، فلعل هذا يكون مرجحًا للرواية المتصلة](٣).

---

(١) الإنصاف (٧/ ١٨٥-١٨٦).

(٢) الموطأ (٢/ ٧٦٢).

(٣) فيه علتان، الأولى: اختلف في سماع عمرو بن سليم الزرقي من عمر ﷺ.

فقال البيهقي في السنن (٦/ ٢٨٢): «الشافعي علق جواز وصيته وتدبيره بثبوت الخبر فيها عن عمر ﷺ، والخبر منقطع، فعمرو بن سليم الزرقي لم يدرك عمر ﷺ إلا أنه ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة».

وفي البدر المنير (٧/ ٢٨٥): «في «الثقات» لابن حبان: قيل: إنه كان يوم قتل عمر بن الخطاب قد جاوز الحلم. =

الدليل الثاني:

أن ذلك إجماع أهل المدينة، قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق أحيانا تجوز وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به، فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصي به، وكان مغلوبًا على عقله فلا وصية له»(١).

= وقال أبو نصر الكلاباذي عن الواقدي: إنه كان قد راهق الاحتلام يوم مات عمر. وجزم ابن الحذاء بأنه روى عنه .. وأم عمرو صاحبة القصة صحابية، كما نص عليه أبو عمر». اهـ

العلة الثانية: اختلف في إسناده: فقيل: عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمرو بن سليم الزرقي، عن عمر، على الاتصال كما هي رواية عبد الله بن أبي بكر، عن أبيه.

وقيل: عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن غلامًا مات ... وذكر الأثر، وهذه رواية يحيى بن سعيد الأنصاري، عن أبي بكر. وهي على الانقطاع، لأن أبا بكر لم يدرك عمر، فهل تقدم رواية عبد الله على يحيى بن سعيد الأنصاري لكونه أعلم بأبيه، هذا مسلك من مسالك الترجيح، وقد تعل رواية الانقطاع رواية الاتصال، والله أعلم.

إذا علم ذلك، فرواية عبد الله بن أبي بكر، رواها مالك في الموطأ كما في إسناد الباب، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٦١)، (١٠/ ٥٣٤).

وسعيد بن منصور في سننه (٤٣٠) عن سفيان.

كلاهما روياه عن عبد الله بن أبي بكر، عن أبيه، عن عمرو بن سليم الزرقي، عن عمر رضي الله عنه.

وخالفهما روح بن القاسم كما في مصنف ابن أبي شيبة (عوامة) (٣١٤٩٣) فرواه عن عبد الله بن أبي بكر، عن أبيه، قال: كان غلام من غسان بالمدينة، وكان له ورثة بالشام، وكانت له عمة بالمدينة، فما حضر أتت عمر بن الخطاب ... الخ.

وهذه الرواية منقطعة، ورواية مالك وسفيان أرجح من رواية روح بن القاسم.

ورواه يحيى بن سعيد كما في موطأ مالك (٢/ ٧٦٢)، ومصنف عبد الرزاق (١٦٤٠٩، ١٦٤١٠)، وسنن سعيد بن منصور (٤٣١)، وسنن الدارمي (٣٢٨٧، ٣٢٩٠)، عن أبي بكر أن غلامًا من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان.. على الانقطاع.

(١) الموطأ (٢/ ٧٦٢).

ويناقش:

بأن هناك اختلافًا عند الفقهاء في الاحتجاج بعمل أهل المدينة، وقد قال به المالكية فيما طريقه التوقيف وليس الاجتهاد، وهذه المسألة ليست منه، والمالكية ربما ردوا حديث الرسول ق بعمل أهل المدينة، وهذا قول ضعيف، ولا يعتبر عمل المدينة إجماعًا على الصحيح؛ لأن أهل المدينة بعض الأمة، والمسائل الخلافية لا تكون حجة على المخالف، ولا يوجد دليل من الكتاب أو السنة يدعو إلى الرد إلى عمل أهل المدينة، وإن كان عمل أهل المدينة فيما لم يخالف سنة صريحة، وكان طريقه النقل، كألفاظ الأذان، وترك الجهر بالبسملة ونحوهما، فهذا قد يكون مرجحًا من المرجحات، والله أعلم.

الدليل الثالث:

(ث-٢١٤) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو عاصم، عن الأوزاعي، عن الزهري، **أن عثمان أجاز وصية ابن إحدى عشرة سنة**[١].

[منقطع، الزهري لم يدرك عثمان رضي الله عنه].

الدليل الرابع:

(ث-٢١٥) روى مالك في المدونة، قال: أخبرني رجال من أهل العلم، عن عبد الله بن مسعود، قال: **من أصاب وجه الحق أجزناه**[٢].

[ضعيف لانقطاعه].

---

(١) المصنف (عوامة) (٣١٤٩٤)

(٢) المدونة (٦/ ٣٣).

الدليل الخامس:

الوارث لا حق له في الثلث فلا وجه لمنع وصية المميز، والمعتبر فيه أن يعقل ما يوصي به.

الدليل السادس:

قياس الصبي المميز على المحجور عليه في ماله، وقد أجمع العلماء على أن وصية البالغ المحجور عليه جائزة، ومعلوم أن من يعقل من الصبيان ما يوصي به فحاله حال المحجور عليه في ماله، وعلة الحجر تبديد المال وإتلافه، وتلك علة مرتفعة عنه بالموت، وهو بالمحجور عليه في ماله أشبه منه بالمجنون الذي لا يعقل فوجب أن تكون وصيته معتبرة خاصة مع الأثر الذي جاء فيه عن عمر رضي الله عنه[1].

قلت: حكاية الإجماع فيها نظر، ولعله يقصد بالإجماع إجماع المخالفين في وصية الصبي المميز، ولو قيل هذا في المحجور عليه لحظ غيره لكان أقرب، وسوف نبحث إن شاء الله تعالى في المبحث التالي حكم وصية السفيه، والمحجور عليه لحظ غيره، وسيتبين إن شاء الله تعالى هل المسألة هي من مسائل الإجماع، أو أن الخلاف فيها محفوظ؟ والله أعلم.

❑ الراجح:

القول بالصحة أقرب من القول بالمنع؛ لأن الوصية مصلحة له في أخراه، لا تعارضها مفسدة في دنياه ولا في أخراه، والوارث ليس له حق في ثلث مال الميت، وقد أخذ حقه بموجب الميراث، ويتأكد هذا في حق من قال: إن الوصية واجبة للأقارب من غير الورثة، والله أعلم.

---

(١) انظر الاستذكار - ط: دار الكتب العلمية (٧/ ٢٧٠).

المبحث الرابع
في وصية المحجور عليه لحظ غيره

تكلمت في المبحث السابق عن وصية المحجور عليه لحظ نفسه كالصبي والمجنون، ونريد أن نتكلم عن المحجور عليه لحظ غيره.

تعريف المحجور عليه لحظ غيره:

هو المفلس الذي قد أحاط الدين بجميع ماله.

[م-١٦٤١] فإذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه وجب على القاضي الحكم بتفليسه، وهذا مذهب جمهور أهل العلم، وبه قال صاحبا أبي حنفية، خلافًا لإمامهم.

فإذا حجر عليه تعلق حق الغرماء بالمال نظير تعلق حق الراهن بالمرهون، فإذا تصرف في ماله بعد الحجر فإن كان تصرفًا نافعًا للغرماء كقبول التبرعات والصدقات فهذه لا يمنع منها.

وإن كان تصرفه ضارًا بالغرماء، كالهبة والوقف، والإبراء، والإقرار على المال فهذه لا تصح منه عند الجمهور.

وقيل: يقع التصرف موقوفًا، فإن فضل ذلك عن الدين وإلا لغا.

وهو قول عند الشافعية في مقابل الأظهر عندهم، وسوف نتكلم عن الحجر في باب مستقل إن شاء الله تعالى.

[م-١٦٤٢] وأما تصرف المحجور عليه بالوصية، فهل يمنع باعتباره فيه شبه بالتبرع، والوقف، أو لا يمنع منه؟

الجواب: أن التصرف بالوصية ملحق بالتصرف الذي لا يضر بالغرماء، فهو تصرف صحيح؛ لأن الوصية إنما تخرج من الثلث بعد الدين، ولا تقدم على الدين، فلا يتصور أن الغرماء يتضررون.

قال الطبري: «لم يجعل تعالى ذكره لأحد من ورثة الميت، ولا لأحد ممن أوصى له بشيء، إلا من بعد قضاء دينه من جميع تركته، وإن أحاط بجميع ذلك، ثم جعل أهل الوصايا بعد قضاء دينه شركاء ورثته فيما بقي لما أوصى لهم به، ما لم يجاوز ذلك ثلثه، فإن جاوز ذلك ثلثه جعل الخيار في إجازة ما زاد على الثلث من ذلك أو ردِّه إلى ورثته . . . فأما ما كان من ذلك إلى الثلث، فهو ماضٍ عليهم، وعلى كل ما قلنا من ذلك، الأمة مجمعة»[1].

وقال الجصاص: «قال الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

وروى الحارث عن علي، قال: تقرؤون الوصية قبل الدين وإن محمدًا ﷺ قضى بالدين قبل الوصية[2]. قال أبو بكر: وهذا لا خلاف فيه بين المسلمين»[3].

---

(١) تفسير الطبري ط هجر (٦/ ٤٦٩).

(٢) هذا الأثر ضعيف عن علي، وإن كان معناه مجمعًا عليه، فإنه من طريق الحارث الأعور، وهو ضعيف عند أهل الحديث، وقد روى هذا الأثر الطبري في تفسيره (٦/ ٤٦٩)، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٠٠٣)، وابن أبي شيبة في المصنف ط الرشد (٢٩٠٥٤) و(٣١٥٥٦)، وابن الجارود في المنتقى (٩٥٠)، وأبو يعلى في مسنده (٦٢٥)، والطبراني في الأوسط (٥١٥٦)، والدارقطني (٤/ ٨٦)، والحاكم في المستدرك (٧٩٦٧، ٧٩٩٤)، وسنن البيهقي (٦/ ٣٩٢، ٤٣٨).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٢٨).

وحكى الإجماع ابن بطال في شرحه لصحيح البخاري[(١)].

وفي حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: « (قوله: لأن الدين مقدم على الوصية) أي بالإجماع وإن كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر . . . اهـ. أتقاني»[(٢)].

والمعنى أن الدين قبل الوصية؛ لأن الوصية إنما هى تطوع يتطوع بها الموصي وأداء الدين فرض عليه، فعلم أن الفرض أولى من التطوع.

وهذا ما جعل الفقهاء يقولون بصحة الوصية من المحجور عليه، بخلاف الهبة والوقف ونحوهما؛ لأن الهبة فيها إضرار بالغرماء والوصية، ليس فيها إضرار؛ لأنها لن تنفذ إلا بعد سداد الدين أو إجازة الغرماء، أو إبراء الموصي من دينه كله أو بعضه.

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٨/ ١٦٠)، وقال فيه: «وليس يوجب تبدية اللفظ بالوصية قبل الدين أن تكون مبداة على الدين، وإنما يوجب الكلام أن يكون الدين والوصية تخرجان قبل قسم الميراث؛ لأنه لما قيل من بعد كذا وكذا علم أنه من بعد هذين الصنفين. قال الله: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤]، أى لا تطع أحدًا من هذين الصنفين، وقد يقول الرجل: مررت بفلان وفلان فيجوز أن يكون الذي بدأ بتسميته مر به أخيرًا، ويجوز أن يكون مر به أولا؛ لأنه ليس فى اللفظ ما يوجب تبدئة الذي سمى أولًا. قال تعالى: ﴿يَٰمَرْيَمُ ٱقْنُتِى لِرَبِّكِ وَٱسْجُدِى وَٱرْكَعِى مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ﴾ [آل عمران: ٤٣]، ففهم إنما أمرت بذلك كله، ولم يجب أن يكون السجود قبل الركوع، ولو قال: مررت بفلان ففلان أو مررت بفلان ثم فلان لوجب أن يكون الذي بدأ بتسميته هو الذي مر به أولا، فلما قال تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]. وجب أن تكون قسمة المواريث التي فرض الله بعد الدين والوصية ولم يكن فى القرآن تبدئة أحدهما على الآخر باللفظ المنصوص، ولكن فهم بالسنة التي مضت».

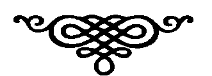
(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ١٥٨).

جاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: «ولا تصح وصية المديون إن كان الدين محيطًا بما له، إلا أن يبرئ الغرماء الموصي من الدين، فحينئذ تجوز وصيته في الثلث أو في أكثر منه على تقدير إجازة الورثة أو عدمها لعدم المانع، وهو الدين اهـ أتقاني»[١].

جاء في الحاوي: «وأما المحجور عليه بالفلس، فإن ردها الغرماء بطلت. وإن أمضوها جازت، فإن قلنا: إن حجر الفلس كحجر المرض صحت. وإن قلنا: إنه كحجر السفيه كانت على وجهين»[٢].

وفي مغني المحتاج: «وخرج بالسفيه حجر الفلس، فتصح الوصية معه جزمًا»[٣].

وفي الإقناع في فقه الإمام أحمد: «وتخرج الواجبات التي على الميت من رأس المال أوصى بها أو لم يوص، كقضاء الدين، والحج، والزكاة، فإن وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقي بعد إخراج الواجب، كمن تكون تركته أربعين، فيوصي بثلث ماله، وعليه دين عشرة، فتخرج العشرة أولًا، ويدفع إلى الموصى له عشرة، وهي ثلث الباقي بعد الدين»[٤].



---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ١٥٨).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٣٩).

(٤) الإقناع (٣/ ٥٦)، وانظر الإنصاف (٧/ ٢١٨)، كشاف القناع (٤/ ٣٥١).

الشرط الثالث
في اشتراط أن يكون الموصي راشدًا

المبحث الأول
في تعريف الرشد

تعريف الرشد[١]:

فمنهم من عرف الرشد: بالصلاح في المال، وهذا مذهب الجمهور[٢].

---

(١) الرشد في اللغة: الصلاح: وهو خلاف الغي والضلال، وهو إصابة الصواب ورَشِد رَشَدًا من باب تَعِب وَرَشَدَ يَرْشُدُ مِنْ بَابِ قَتَلَ فَهُوَ رَاشِدٌ وَالاسْمُ: الرَّشَادُ، ويتعدى بالهمزة وَرَشَّدَهُ الْقَاضِي تَرْشِيدًا جَعَلَهُ رَشِيدًا وَاسْتَرْشَدْتُهُ فَأَرْشَدَنِي إِلَى الشَّيْءِ، وعليه وله، قاله أبو زيد المصباح المنير (ص٢٢٧).

(٢) قال في بدائع الصنائع (٧/ ١٧٠): «والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه».

وانظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٩٣)، كشف الأسرار (٤/ ٣٦٩).

وجاء في مواهب الجليل (٥/ ٦٤): «ولا يشترط في الرشيد أن يكون عدلًا قال في المتيطية في فصل الولايات والمحجور، وإذا كان اليتيم فاسقًا مبرزًا، وكان مع هذا ناظرًا في ماله، ضابطًا له، وجب إطلاقه من الولاية وإن كان من أهل الدين والصلاح، ولم يكن ناظرًا في ماله لم يجب إطلاقه من الولاية انتهى.

قال في المدونة: وصفة من يحجر عليه من الأحرار إن كان يبذر ماله سرفًا في لذاته من الشراب والفسق وغيره، ويسقط فيه سقوط من لم يعد المال شيئًا وأما من أحرز المال وأنماه وهو فاسق في حاله غير مبذر لماله فلا يحجر عليه».

وانظر التاج والإكليل (٥/ ٥٩)، وحاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٠١).

ومنهم من عرف الرشد: بالصلاح في الدين والمال، وهو مذهب الشافعية[١].

قال الشافعي: قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

دلت الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ والرشد . . . والرشد: الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة، وإصلاح المال»[٢].

والمراد بالصلاح في الدين: أن لا يرتكب محرمًا يسقط العدالة، وفي المال ألا يبذر[٣].

والصحيح أن الرشد يختلف من مقام لآخر.

فالرشد في ولي النكاح مثلًا: معرفته بالكفء، ومصالح النكاح، وليس له علاقة بحفظ المال.

والرشد في المال: هو حفظه وإصلاحه، ولا يدخل فيه الرشد في الدين، ولو كان صلاح الدين شرطًا في الرشد لوجب الحجر على المنافقين والمبتدعة، بل يجب الحجر على كل من اغتاب مسلمًا ولم يتب من هذه المعصية وذلك لارتكابه كبيرة من كبائر الذنوب، ويجب الحجر على كل من كذب في بيعه، أو غش فيه.

---

(١) حاشية الجمل (٣/ ٣٣٩-٣٤٠)، تحفة المحتاج (٥/ ١٦٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٦٩)، السراج الوهاج (ص٢٣٠).

(٢) أحكام القرآن للشافعي جمع البيهقي (١/ ١٣٨).

(٣) منهاج الطالبين (ص٥٩).

وقال الطبري: «وأولى هذه الأقوال عندي بمعنى الرشد في هذا الموضع: العقل وإصلاح المال؛ لإجماع الجميع على أنه إذا كان كذلك لم يكن ممن يستحق الحجر عليه في ماله، وحوز ما في يده عنه، وإن كان فاجرا في دينه»[1].



(١) تفسير الطبري ط هجر (٦/ ٤٠٧).



المبحث الثاني
في اشتراط أن يكون الموصي رشيدًا

[م-١٦٤٣] اختلف العلماء هل يشترط في الموصي أن يكون رشيدًا؟ على قولين:

القول الأول:

تصح وصيته، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأصح الوجهين في مذهب الحنابلة(١).

قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق أحيانا تجوز وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به»(٢).

قال العراقي: «وأما المحجور عليه بالسفه فوصيته صحيحة عند الجمهور، ومنهم الشافعي»(٣).

---

(١) المبسوط (٢٤/ ١٦٨)، البناية شرح الهداية (١١/ ٩٨)، البحر الرائق (٨/ ٩٣)، الموطأ (٢/ ٧٦٢)، المدونة (٦/ ٣٢)، المنتقى للباجي (٦/ ١٥٥)، التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٥١)، المقدمات الممهدات (٣/ ١١٣)، بداية المجتهد (٢/ ٢٥٠)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠)، الوسيط (٤/ ٤٠٣/٤)، نهاية المطلب (١١/ ٢٩٨)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ١٠٥)، البيان للعمراني (٨/ ١٦٠)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٤١)، المبدع (٥/ ٢٢٩)، المحرر (١/ ٣٧٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣٣٢)، المغني (٦/ ١٢٠)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٤).

(٢) الموطأ (٢/ ٧٦٢).

(٣) طرح التثريب (٦/ ١٩٢).

وقال النووي: «تصح وصية كل مكلف حر، وإن كان كافرًا، وكذا محجور عليه بسفه على المذهب»[١].

❏ دليل من قال: تجوز وصية السفيه:

الدليل الأول:

الإجماع على صحة وصية المحجور عليه، قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن وصية البالغ المحجور عليه جائزة»[٢].

ويناقش:

بأن الإجماع لا يصح، والخلاف محفوظ عند الشافعية والحنابلة في قول مرجوح عندهما.

ولهذا قال ابن حزم: «واختلفوا في وصية السفيه وفي وصية من يعقل الوصية وإن لم يبلغ»[٣].

نعم قد تصح حكاية الإجماع في صحة وصية المحجور عليه لحظ غيره، وإن كان كلام ابن عبد البر لا يمكن حمله عليه؛ لأن بقية كلامه يدل على أن مراده بهذا السفيه المبذر، وليس المفلس، والله أعلم.

الدليل الثاني:

قال ابن رشد: «وتجوز وصية السفيه والمولى عليه؛ لأنه إنما حجر عليه في

(١) منهاج الطالبين (ص٨٩).

(٢) انظر الاستذكار (٧/ ٢٧٠).

(٣) مراتب الإجماع (ص١١٤).

ماله مخافة الفقر، والوصية إنما تنفد بعد الموت في حال يؤمن عليه فيه الفقر»[١].

فالوصية مصلحة في حقه، لا تعارضها مفسدة في دنياه ولا في أخراه، قال ابن قدامة: «وصيته تمحضت نفعًا له من غير ضرر، فصحت كعباداته»[٢].

الدليل الثالث:

إذا اعتبر قول السفيه في طلاقه وإقراره، اعتبر قوله في وصيته من باب أولى، وإذا كان السفيه مكلفًا بالعبادات، وعبارته فيها صحيحة، دل ذلك على قيام أهليته في صحة الوصية.

قال إمام الحرمين: «قطع الأصحاب أقوالهم بتصحيح الوصية والتدبير من السفيه المبذر؛ فإن عبارته صحيحة، ولذلك كان من أهل الطلاق والإقرار بالجناية الموجبة للقصاص، واستلحاق الولد ونفيه باللعان»[٣].

القول الثاني:

لا تصح وصية السفيه، وهذا وجه في مذهب الشافعي، ووجه في مذهب الحنابلة[٤].

جاء في المحرر: «وفي صية السفيه وجهان»[٥].

(١) المقدمات الممهدات (٣/ ١١٣).

(٢) المغني (٦/ ٢١٦).

(٣) نهاية المطلب)(١١/ ٢٩٨).

(٤) البيان للعمراني (٨/ ١٦٠)، المغني (٦/ ١٢٠)، المحرر (١/ ٣٧٦)،

(٥) المحرر (١/ ٣٧٦).

❑ وجه القول بعدم الصحة:

إذا كانت تصرفات السفيه في ماله بالبيع والهبة لا تصح، فالوصية قياس عليه.

قال العمراني: «هل تصح وصية الصبي المميز، والمحجور عليه للسفه، بما فيه قربة؟

فيه قولان: أحدهما: لا تصح؛ لأنه لا يصح تصرفه في ماله بالبيع والهبة، فلم تصح وصيته كغير المميز.

والثاني: تصح؛ لأنه إنما منع من بيع ماله وهبته خوفًا من إضاعته، وبالوصية لا يضيع ماله؛ لأنه إن عاش فالمال باق على ملكه، وإن مات فله حاجة إلى الثواب، والثواب يحصل له بالوصية»[١].

❑ الراجح:

الراجح صحة وصية السفيه كما صحت وصية الصبي المميز على الصحيح، والله أعلم.



(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٦٠).

المبحث الثالث
في أهلية السكران للوصية

السكران هل هو مكلف حتى تصح تصرفاته؟

السكر من محرم كالسكر من مباح.

وقيل: السكر من محرم كالصاحي.

[م-١٦٤٤] ذهب الفقهاء إلى أن الرجل إذا لم يكن في تناول المسكر متعديًا، كما لو كان السكر نتيجة تعاطيه البنج للتداوي، أو سكر نتيجة خطأ، أو لدفع غصة ونحوها، فإنه بمنزلة المجنون، لا تصح وصيته[1].

واختلف الفقهاء في صحة وصية السكران المتعدي في سكره، إذا لم يرجع عن وصيته حتى مات على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

تصح وصية السكران، وهذا مذهب الحنفية والشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[2].

والمراد بالسكران من ذهب عقله جملة.

---

(١) تبيين الحقائق (٣/ ٢٠)، الخرشي (٨/ ١٣٣)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٣٦).

(٢) المبسوط (٧/ ١٨٤) و (١٨/ ١٧٢)، المحيط البرهاني (٤/ ٦٨)، أسنى المطالب (٣/ ٢٩)، تحفة المحتاج (٧/ ٤)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، حواشي الشرواني (٧/ ٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٧)، المبدع (٥/ ٢٣٠)، الإنصاف (٧/ ١٨٧).

قال في البحر الرائق: «والحاصل أن المعتمد في المذهب، أن السكران الذي تصح منه التصرفات من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة . . .»[١].

وقال الخطيب في مغني المحتاج: «وأما السكران المتعدي بسكره فإنه في رأي المصنف غير مكلف، وتصح وصيته»[٢]. اهـ

جاء في نهاية المحتاج: «تصح وصية كل مكلف حر . . . لا مجنون ومغمى عليه وصبي إذ لا عبارة لهم بخلاف السكران، وإن لم يكن له تمييز»[٣].

القول الثاني:

لا تصح وصيته مطلقًا، وهو مذهب الحنابلة، وبه قال أبو يوسف والطحاوي من الحنفية[٤].

جاء في المغني: «ولا تصح وصية السكران. وقال أبو بكر: فيه قولان. يعني وجهين»[٥].

وقال في الإنصاف: «وفي السكران وجهان:

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٦٦)، وفيه قول آخر في مذهب الحنفية أن من زال عقله بالكلية فهو كالمجنون فبيعه وسائر تصرفاته باطل، وإنما السكران كالصاحي إذا كان معه من العقل والتمييز ما يقوم به التكليف، انظر غمز عيون البصائر (٢/ ١١٧).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٣٩). وانظر تحفة المحتاج (٧/ ٤).

(٣) تحفة المحتاج (٧/ ٤).

(٤) المبدع (٥/ ٢٣٠)، الإنصاف (٧/ ١٨٧)، المغني (٦/ ١٢٠)، الإقناع (٣/ ٤٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٤)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٧٨).

(٥) المغني لابن قدامة (٦/ ١٢٠).

أحدهما: لا تصح وهو الصحيح من المذهب، صححه في التصحيح، والمغني، والشرح ...»[١].

القول الثالث:

تصح من السكران إن كان عنده نوع من التمييز، وهذا مذهب المالكية[٢].

جاء في الشرح الصغير: «وتصح من السكران المميز»[٣].

وجاء في حاشية الدسوقي: «التدبير: تعليق مكلف: أي ولو كان سكران بحرام إذا كان عنده نوع تمييز، وأما إذا كان طافحًا فهو كالبهيمة، لا يلزمه شيء اتفاقًا»[٤].

فالسكران عند المالكية من تغير عقله وإن لم يذهب بالكلية، وهي طريقة ابن رشد، وعليه أكثر المالكية.

نقل الباجي عن القاضي أبي الوليد أنه قال: « ... والذي عندي في هذا: أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة، وإنما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده ... وإنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر؛ لأن سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة، وإنما يتغير العقل تغييرًا يجترئ به

---

(١) الإنصاف (٧/ ١٨٧).
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٣٨٠)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٠)، منح الجليل (٩/ ٥٠٤).
(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٠).
(٤) الشرح الكبير (٤/ ٣٨٠).

على معان لا يجترئ عليها صاحيًا كالسفيه، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لما اقتص منه، ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه . . .»[١].

واستدلوا على هذا بأن الله ﷻ خاطب السكران بقوله: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣].

فلو كان المقصود بالسكران من ذهب عقله بالكلية لكان بمعنى المجنون، وبالتالي لا يصح أن يوجه له أمر ونهي، فكيف ينهى عن قربان الصلاة، . . . وأما من صار إلى حد لا يعقل ما يأتي ويذر، فذلك منتقل من السكر إلى الخبل، ومعدود في المجانين، وليس ذلك الذي خوطب بقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ [النساء: ٤٣]؛ لأن ذلك مجنون، وإنما خوطب به السكران، والسكران ما وصفنا صفته[٢].

وهذا القول هو أحد القولين عن ابن قدامة من الحنابلة، فإنه قال: «السكران لا يزول عقله بالكلية، ولهذا يتقي المحذورات، ويفرح بما يسره، ويساء بما يضره، ويزول سكره عن قرب من الزمان، فأشبه الناعس بخلاف النائم والمجنون».

❑ الراجح من الخلاف:

أرى أن القول بالتفصيل هو الأقوى: وأن الذي لا يتأثر بالسكر مطلقًا لكونه قد شرب قليلًا منه، أو لكونه قد اعتاد شربه حتى أصبح لا يؤثر في عقله، أنه لا فرق بينه وبين الصاحي؛ لأن الحكم يدور مع علته، فالعلة هي الخوف من تأثير

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٣)، وانظر المنتقى للباجي (٤/ ١٢٥).

(٢) تفسير الطبري (٥/ ٩٦-٩٧).

السكر على العقل، فإذا انتفى التأثير انتفى الحكم. ولذلك قال تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فجعل غاية النهي هي إدراك ما يقول.

وأما من أثر فيه السكر، ولو لم يذهب عقله بالكلية فإنه داخل في الخلاف، فإنه معروف أن من يشرب الخمرة فقد تدفعه إلى الإقدام على الصفقة من غير إدراك لعواقبها، وإن كان لا يزال معه بقية من عقله، وقد تحول البخيل إلى كريم، والجبان إلى شجاع كما قال حسان:

ونشربها فتتركنا ملوكًا وأسدًا ما ينهنهنا اللقاء

وقال آخر:

إذا شربت فإنني رب الخورنق والسدير وإذا صحوت فإنني رب الشويهة والبعير

وأما الاحتجاج بالآية في قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] وأن السكران لو كان عقله قد ذهب بالكلية لما صح أن يوجه له أمر ونهي، فكيف ينهى عن قربان الصلاة؟

فهذا استدلال ببعض الآية وترك لبعضها، فالآية تقول: ﴿حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] وهو دليل على أن السكران لا يعلم ما يقول هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الآية نزلت في وقت كان شرب الخمر مأذونًا فيه، وهي تنهى من يريد شرب الخمر عن شربه في أوقات الصلوات؛ لأن شربه الخمر سيكون سببًا في تركه للصلاة، فهو خطاب للمسلم قبل سكره، لهذا كان بعض الصحابة بعد نزول هذه الآية لا يشرب الخمر إلا بعد صلاة العشاء فلا يصبح إلا وقد ذهب عنه السكر.



الشرط الرابع
في اشتراط رضا الموصي

العقود تفسد بالإكراه.

وصية الهازل والمكره والمخطئ لا تصح لفوات الرضا.

[م-١٦٤٥] يشترط في الموصي أن يكون راضيًا مختارًا؛ لأن الوصية عقد من عقود التبرع، وقد نص القرآن والسنة على اشتراط الرضا في عقود الهبات:

قال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

وقال ﷺ: **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**[١]. فلا تصح الوصية من مكره، وهازل ومخطئ؛ لفوات شرط الرضا.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «ومنها رضا الموصي؛ لأنها إيجاب ملك، أو ما يتعلق بالملك، فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء، فلا تصح، وصية الهازل، والمكره، والخاطئ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا»[٢].

وفي الفتاوى الهندية: «ولا تصح وصية الهازل والمكره والخاطئ»[٣].

---

(١) معنى الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي بكرة عند البخاري (١٧٤١) ومسلم(١٦٧٩)، ورواه البخاري (١٧٣٩) من حديث ابن عباس (١٧٣٩)، ومسلم من حديث جابر (١٢١٨). وحرمة مال المسلم مقطوع به، مجمع عليه. هذا من حيث الفقه وأما دراسة الحديث من حيث الإسناد فقد خرجت طرقه في عقد الشفعة، انظر (١٠/ ١٥٩).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥)، وانظر البحر الرائق (٤/ ٢٨٥)، غمز عيون البصائر (٢/ ١٤٠) وقد أجاز الحنفية تدبير المكره، وأبطلوا وصيته.

(٣) الفتاوى الهندية (٦/ ٩٢).

وقال القرافي: «أصل نقل الأملاك الرضا بالإجماع بدليل أنه لو لم يوص لم ينتقل ملك الموصى له إجماعًا»[(١)].

وفي الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: « (وتصح) أي تجوز (الوصية من كل مالك) بالغ (عاقل) حر مختار بالإجماع لأنها تبرع»[(٢)].

وفي منار السبيل ذكر من شروط الهبة: «كونه مختارًا غير هازل، فلا تصح من مكره، ولا هازل»[(٣)]، والوصية من الهبات إلا أنها بعد الموت.

ولم يتكلم بعض المذاهب عن هذا الشرط اكتفاء بذكره في عقد البيع، وإذا كان الشأن كذلك لم لا ينزل الخلاف في وصية المكره والخاطئ والهازل على عقد البيع.

فالفقهاء قد اختلفوا في صحة العقد من الهازل، واختلافهم راجع إلى الخلاف في مسألة أصولية: وهي، إذا اختلف اللفظ والمعنى في العقود، فهل المقدم اللفظ، أو المقدم المعنى؟

وتكلمت على هذه المسألة في عقد البيع، ورجحت أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

فكذلك وصية الهازل: إن نظرنا إلى لفظه فهو صيغة صريحة في إيجاب الوصية.

---

(١) الذخيرة (٧/ ٩٦).

(٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٩٦)، وانظر أسنى المطالب (٣/ ٢٩)، تحفة المحتاج (٧/ ٤)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٤١)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٣٦).

(٣) منار السبيل (٢/ ٢١).

وإن نظرنا إلى المعنى: فإن الموصي وإن أوجب الوصية إلا أنه لم يقصد إنشاءها، ولم يرض بذلك، ولابد من إرادة العقد ليتحقق الرضا، والذي هو شرط في صحة التبرع.

والمسألة مفروضة في رجل أنشأ الوصية هازلًا، وقامت قرينة على أنه كان هازلًا، ثم لم يرجع حتى مات.

والحنفية تكلموا في وصية الهازل، وهو متسق مع مذهبهم في سائر عقود الهازل، والحنابلة تكلموا عن عقد الهبة من الهازل.

وأما بقية المذاهب فلم أقف على نص منهم في وصية الهازل،

[م-١٦٤٦] فإن نزلنا كلامهم في بيع الهازل على الوصية، سيكون الخلاف كالتالي:

القول الأول:

لا ينعقد بيع الهازل، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، ووجه في مذهب الشافعية، والوجه المشهور في مذهب الحنابلة.

القول الثاني:

ينعقد بيع الهازل، وهو قول في مذهب المالكية، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة، اختاره أبو الخطاب.

القول الثالث:

يقبل إن ادعى الهزل بقرينة، وهو قول في مذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة.

وهذا القول ليس جديدًا؛ لأنه يريد أن يتحقق من وجود الهزل.

والصواب من هذه الأقوال مع من قال: لا تنعقد الوصية لعدم وجود قصد الوصية، والرضا به، هذا إذا تحققنا أن الموصي كان هازلًا، وأما إذا اختلفوا فالأصل عدم الهزل. وقد تركت العزو إلى كتب المذاهب وذكر أدلتها اكتفاء بما قدمته في عقد البيع، فارجع إليه غير مأمور[١].

وما نقوله في وصية الهازل نقوله في وصية المكره:

[م-١٦٤٧] فالإكراه على عقد البيع قد وقع خلاف بين الفقهاء بين من يقول:

ينعقد صحيحًا غير لازم، فللمكره الخيار بين إمضائه ورده، وهذا مذهب المالكية، واختيار زفر من الحنفية.

وبين من يقول: العقد باطل، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

واختار الحنفية أن العقد فاسد، وينقلب صحيحًا بالإجازة.

فإذا أكره الرجل على الوصية، وهي عقد جائز يملك الرجوع عنه، فإذا رفع الإكراه فإن أجازها بعد رفع الإكراه صحت الوصية، وإن مات قبل رفع الإكراه بطلت الوصية لعدم الرضا.

وانظر الكلام على بيع المكره في عقد البيع[٢].

[م-١٦٤٨] وأما الخطأ في الوصية فكذلك يقدح في شرط الرضا؛ فإذا وقع الموصي في خطأ في عين الموصى له، أو في الموصى به، أو في حكم الوصية، بحيث لو علم من وقع في هذا الخطأ ما أقدم عليه، فلا شك أن مثل هذا يقدح في رضا الموصي، والذي هو شرط أساسي لانعقاده، والله أعلم.

---

(١) انظر المجلد الأول (ص٤٢٥) من هذا الكتاب.

(٢) انظر المجلد الثاني (ص٦٧) من هذا الكتاب.

الشرط الخامس
في اشتراط إسلام الموصي

المبحث الأول
في الوصية من الذمي

[م-١٦٤٩] لا يشترط لصحة الوصية كون الموصي مسلمًا، وحكي ذلك إجماعًا.

قال في بدائع الصنائع: «وأما إسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته، فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم والذمي في الجملة؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك، ألا ترى أنه يصح بيع الكافر، وهبته فكذا وصيته»(١).

وقال ابن رشد: «وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم»(٢).

وقال ابن شاس: «والكافر تنفذ وصيته إلا أن يوصي بخمر أو خنزير لمسلم»(٣).

وقال في روضة الطالبين: «تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى، ولا تصح

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥).
(٢) بداية المجتهد (٤/ ١١٩)، وانظر القوانين الفقهية (ص٢٦٦)، شرح الخرشي (٨/ ١٦٨)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٠)، الذخيرة (٧/ ١٠).
(٣) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢١٦).

بخمر، ولا خنزير، سواء أوصى لمسلم أو ذمي، ولا بمعصية كعمارة كنيسة، أو بنائها، أو كتب التوراة والإنجيل، أو قراءتهما، وما أشبههما»[١].

وقال في الحاوي: «أما الكافر: فوصيته جائزة، ذميًا كان أو حربيًا، إذا وصى بمثل ما وصى به المسلم»[٢].

وفي الإنصاف: «تصح وصية الكافر مطلقًا على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب. وقطع به في الفروع، وغيره»[٣].

❑ والدليل على صحة وصية الكافر:

الإجماع على صحة وصية الكافر بما يجوز للمسلم أن يوصي به.

قال ابن المنذر: أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن وصية الذمي للمسلم بما يجوز ملكه جائزة»[٤].

وقال العراقي: وصية الكافر جائزة كما هو مذهب الأئمة الأربعة وغيرهم، وحكاه ابن المنذر عن إجماع أهل العلم الذين يحفظ عنهم»[٥].

ولأن الكافر إذا صحت هبته وإعتاقه وبيعه صحت وصيته، والفرق بينهما: أن الهبة في حال الحياة، والوصية بعد الموت، وهذا لا يشكل فرقًا في الحكم.

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٩٨)، وانظر مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، روضة الطالبين (٦/ ٩٨)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٧)، مختصر منهاج الطالبين (ص١٨٩).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠).

(٣) الإنصاف (٧/ ١٨٤).

(٤) الإشراف (٤/ ٤٥١).

(٥) طرح التثريب (٦/ ١٩٢).

(ح-١٠٢٣) وأما ما رواه البخاري من طريق مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: **أن رسول الله ﷺ قال: ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**[١].

قال ابن حجر: «الوصف بالمسلم خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له، أو ذكر للتهييج لتقع المبادرة لامتثاله لما يشعر به من نفي الإسلام عن تارك ذلك، ووصية الكافر جائزة في الجملة، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع، وقد بحث السبكي من جهة أن الوصية شرعت زيادة في العمل الصالح، والكافر لا عمل له بعد الموت، وأجاب بأنهم نظروا إلى أن الوصية كالإعتاق، وهو يصح من الذمي والحربي»[٢].

وقال ابن رجب: «ذكر أهل السير كالواقدي ومحمد بن سعد أن رجلا من أحبار اليهود، يقال له: مخيريق، خرج يوم أحد يقاتل مع النبي ﷺ، وقال: إن أصبت في وجهي هذا فمالي لمحمد يضعه حيث يشاء، فقتل يومئذ، فقبض رسول الله ﷺ أمواله، فقيل: إنه فرقها وتصدق بها. وقيل: أنه حبسها ووقفها.

وروى ابن سعد ذلك بأسانيد متعددة، وفيها ضعف. والله أعلم»[٣].

قلت: قصة مخيريق ضعيفة جدًا[٤].

---

(١) البخاري (٢٧٣٨).

(٢) فتح الباري (٥/ ٣٥٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) قصة مخيريق لا تثبت من حيث الإسناد، فهي إما أسانيد تدور على محمد بن عمر الواقدي، كما في أسانيد ابن سعد في طبقاته، رواها من أكثر من طريق، والواقدي متروك. =

وقولنا: تصح وصية الذمي هذا في الجملة، أما عند الكلام على التفصيل فيمكن تقسيم وصية الذمي إلى أقسام، ويرجع هذا التقسيم إلى مسألة سبق بحثها في الوقف، هل يشترط في الوقف أن يكون على بر، أو يكفي انتفاء المعصية، وإذا اشترط أن تكون الوصية على بر، فهل يكفي أن يكون قربة في حكم أهل الكتاب، أو يشترط أن يكون برًا في ديننا؟

[م-١٦٥٠] وهل القول في الوقف كالقول في الوصية؟

وللجواب على ذلك نقول: إذا كانت الوصية على معين لم يشترط فيها البر قولًا واحدًا، وهذا ظاهر؛ لأنه إذا لم يشترط ذلك في الوقف، لم يشترط في الوصية من باب أولى.

[م-١٦٥١] وإذا كانت الوصية على جهة، فاختلف العلماء في اشتراط البر فيها على قولين:

القول الأول:

يشترط في الوصية أن تكون على بر، وهذا هو اختيار ابن تيمية، قال ﷺ: «فأما الأعمال التي ليست طاعة لله ورسوله فلا ينتفع بها الميت بحال، فإذا اشترط الموصي أو الواقف عملًا أو صفة لا ثواب فيها كان السعي في تحصيلها سعيًا فيما لا ينتفع به في دنياه ولا في آخرته، ومثل هذا لا يجوز»[1].

= وإما بلاغات لا تقوم بها حجة، رواها ابن إسحاق في السيرة (٣/ ٥١) ونقلها عنها أصحاب السير كابن كثير والطبري وغيرهما، وقد سبق أن سقت أسانيدها في عقد الوقف، ولله الحمد، انظر (ح٩٢٣).

(١) الفتاوى الكبرى (٤/ ١٥٩)، مجموع الفتاوى (٣١/ ٤٦).

القول الثاني:

ذهب الجمهور إلى صحة الوصية، وإن لم تكن على بر إذا انتفت المعصية[١].

وإذا كان ذلك في حق المسلم فالخلاف أضعف في حق الذمي؛ لأنه لا يتصور أن يكون أهل الكتاب من أهل القرب في عقيدتنا.

وقد بحثت هذه المسألة بشيء من التفصيل في كتاب الوقف، فأغنى ذلك عن إعادته هنا، ولله الحمد.

إذا علم ذلك فيمكن تقسيم وصية الذمي إلى أربعة أقسام:

القسم الأول:

[م-١٦٥٢] أن يوصي بما هو قربة عندنا وعندهم، كالوصية على الفقراء، وعلى بيت المقدس، فهذا جائز بالاتفاق.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «إن كان الموصى به شيئًا هو قربة عندنا وعندهم، بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين، أو على فقراء أهل الذمة، أو بعتق الرقاب، أو بعمارة المسجد الأقصى، ونحو ذلك جاز في قولهم جميعًا؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة»[٢].

---

(١) انظر حاشية العدوي على شرح الخرشي (٨/ ١٦٨)، حاشية الدسوقي (٤/ ٧٩)، وقد صحح المالكية وصية الذمي بالخمر لذمي، وهذا لا قربة فيه، انظر الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، حاشية العدوي على كفاية الطالب (٢/ ٢٢٥)، أسنى المطالب (٣/ ٣٦)، روضة الطالبين (٦/ ١٢١)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٣/ ٣٦٨).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

وقال الزيلعي: وصايا أهل الذمة ثلاثة أقسام، منها ما هو جائز بالاتفاق: وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس . . .»[١].

وقال إمام الحرمين: «ومن الأقسام أن يوصي بما يكون قربة عندنا وعندهم، فإذا رفعت إلينا وصيته، والثلث متسع، أجزناها ونفذناها، كالوصية بعمارة المسجد الأقصى»[٢].

القسم الثاني:

[م-١٦٥٣] أن يوصي بما يعتبر معصية عندنا وعندهم، فهذا لا يصح من الكافر كما لا يصح من المسلم، كالوصية على دور الربا والزنا والقمار، واستثنى الحنفية أن يوصي لقوم معينين، فتكون صحيحة، ويعتبر ذلك تمليكًا لهم.

قال الزيلعي: «ومنها ما هو باطل بالاتفاق: وهو ما إذا أوصى بما ليس بقربة عندنا، ولا عندهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات»[٣].

جاء في الفتاوى الهندية: «ولو أوصى بثلث ماله للنائحات أو للمغنيات، فإن كانت لقوم معينين كانت صحيحة، ويعتبر ذلك تمليكًا لهم، وإن كانت لقوم غير معينين كانت باطلة»[٤].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥).

(٢) نهاية المطلب في دارية المذهب (١١/ ٢٩٦).

(٣) المرجع السابق.

(٤) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٢).

القسم الثالث:

[م-١٦٥٤] أن يوصي بما هو بر عندهم فقط، كبناء الكنائس، وطبع كتب التوراة والإنجيل، فهذا فيه خلاف:

القول الأول:

يصح، وهذا قول أبي حنيفة، وقول في مذهب الحنابلة(١).

قال الزيلعي: «إذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز، وعندهما لا يجوز وإن كان لقوم معينين يجوز بالإجماع»(٢).

«وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن المعتبر في وصيتهم ما هو قربة عندهم، لا ما هو قربة حقيقة؛ لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقة»(٣).

وجاء في الإنصاف: «وروي عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على صحة الوصية من الذمي لخدمة الكنيسة . . . وقال في الرعاية: ولا تصح لكتب توراة وإنجيل على الأصح، وقيل: إن كان الموصي بذلك كافرا: صح، وإلا فلا»(٤).

القول الثاني:

لا يصح، وهذا قول الجمهور، وبه قال صاحبا أبي حنيفة.

جاء في مواهب الجليل: «لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع

(١) المبسوط (٢٨/ ٩٤)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

(٤) الإنصاف (٧/ ٢٤٥-٢٤٦).

ماله للكنيسة، ولا وارث له، قال: يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله، وثلثاه للمسلمين»[١].

قال إمام الحرمين: «ولو أوصى بما يكون قربة عندهم، معصية عندنا كعمارة الكنائس والبيع وبيت النيران، فالوصية إذا رفعت إلينا، أبطلناها»[٢].

وجاء في الحاوي الكبير: «وأما الوصية للبيع، والكنائس، فباطلة، لأنها مجمع معاصيهم. وكذلك الوصية بكتب التوراة والإنجيل، لتبديلها وتغييرها. وسواء كان الموصي مسلما أو كافرًا»[٣].

وجاء في الإقناع في فقه الإمام أحمد: «ولا يصح - يعني الوقف - على كنائس وبيوت نار وبيع وصوامع وديورة ومصالحها، ولو من ذمي، بل على من ينزلها من مار ومجتاز بها فقط، ولو كان من أهل الذمة، ولا على كتابة التوارة والإنجيل ولو من ذمي، ووصية كوقف»[٤].

فقوله: ووصية كوقف: أي لا يصح أن يوصي على الكنائس وكتابة التوراة والإنجيل، ولو كان الموصي ذميًا.

وقال في كشاف القناع: « (ووصية كوقف في ذلك) المذكور مما تقدم، فتصح فيما يصح الوقف عليه، وتبطل فيما لا يصح عليه»[٥].

---

(١) مواهب الجليل (٦/ ٣٦٦).
(٢) إمام الحرمين (١١/ ٢٩٧).
(٣) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٤).
(٤) الإقناع (٣/ ٤).
(٥) كشاف القناع (٤/ ٢٤٧).

وجاء في بدائع الصنائع: «وإن كان شيئًا هو قربة عندهم لا عندنا، بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة، أو بيت نار أو بعمارة البيعة، أو الكنيسة، أو بيت النار، أو بالذبح لعيدهم ... فهو على الاختلاف الذي ذكرنا: إن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز، وعندهما لا يجوز.

وجه قولهما: أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية، والوصية بالمعاصي لا تصح»[١].

وتعقب هذا:

القول بأن هذه الوصية معصية فلا تصح: هل المقصود بأنه معصية باعتقادهم أو معصية باعتقادنا؟

فإن كان المقصود باعتقادهم فالكنائس قربة عندهم، وإن كان المقصود معصية باعتقادنا فهذا ليس بشيء؛ لأن هذا لو كان مانعًا لما جاز قبول الجزية منهم؛ لأنه تقرير لكفرهم، وبقائهم عليه[٢].

ولأن الكافر ليس من أهل الثواب حتى نشترط القربة، وهو لم يوص لمن يعتقد حرمته، وإنما أوصى به لأهل الذمة، فيجب تنفيذ وصاياهم بحسب اعتقادهم، ولذلك نصحح التصرف فيما بينهم من بيع الخمر والخنزير بناء على اعتقادهم، وليس بناء على حكمنا[٣].

نعم لو طلبوا حكمنا حكمنا بينهم بما أنزل الله، وليس بمقتضى اعتقادهم.

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

(٢) انظر الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٨٤).

(٣) انظر المبسوط (٢٨/ ٩٤).

واستثنى صاحبا أبي حنيفة أن تكون الوصية لأقوام بأعيانهم فتصح؛ لأن هذا من باب التمليك(١).

القسم الرابع:

[م-١٦٥٥] أن يوصي بما هو قربة عندنا فقط، كأن يوصي الذمي لمن يحج، أو يجاهد، وكالوصية لبناء المساجد ونحوها، ففي صحة وصيته خلاف:

القول الأول:

إن أراد الذمي بالوصية على الحج والمسجد نفع أشخاص بأعيانهم صحت وصيته؛ لأن الوصية على معين لا يشترط فيها القربة، وإنما المقصود منها التمليك، وإن أراد بالوصية عموم المسلمين فلا تصح الوصية، وهذا مذهب الحنفية، وأومأ ابن رجب الحنبلي إلى ترجيحه في الجملة(٢).

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، المبسوط (٢٨/ ٩٤).

(٢) قال ابن عابدين في حاشيته (٦/ ٦٩٦): «واعلم أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام:
الأول: جائز بالاتفاق، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن تغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو لا.
والثاني: باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات أو بما هو قربة عندنا فقط كالحج وبناء المساجد للمسلمين إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا.
والثالث: مختلف فيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم فقط كبناء الكنيسة لغير معينين، فيجوز عنده، لا عندهما - يعني أبا يوسف ومحمد - وإن لمعينين جاز إجماعا.
وحاصله: أن وصيته لمعينين تجوز في الكل على أنه تمليك لهم، وما ذكره من الجهة من إسراج المساجد ونحوه خرج على طريق المشورة، لا الإلزام، فيفعلون به ما شاؤوا؛ لأنه ملكهم، والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم».

قال السرخسي: «أن يوصى بما هو قربة عندنا معصية عندهم، كالوصية بالحج والغزو إلى الروم إذا كان الموصي منهم، فهذه الوصية تبطل؛ لأنه لا يعتقد القربة، فيه وإنما أمرنا أن نبني الأحكام على ما يعتقدون، إلا أن يوصي بشيء من ماله لأقوام معينين يصرفونه إلى هذه الجهة فحينئذ تنفذ الوصية لأعيانهم لا لمعنى القربة، وهو نظير المسلم يوصي بشيء من ماله للمغنيات أو للنائحات، فإن كانوا أقوامًا بعينهم يحصون جازت الوصية لهم، وإلا بطلت»[١].

وجاء في منحة الخالق: «قال في الإسعاف: ولو أوصى الذمي أن تبنى داره مسجدًا لقوم بأعيانهم، أو لأهل محلة بعينها جاز استحسانًا؛ لكونه وصية لقوم بأعيانها، وكذلك يصح الإيصاء بمال لرجل بعينه ليحج به لكونه وصية لمعين، ثم إن شاء حج بذلك، وإن شاء ترك»[٢].

وفي فتح الباري لابن رجب: «قال محمد بن عبد الله الأنصاري قاضي البصرة: لا يصح وقف النصراني على المسلمين عمومًا، بخلاف المسلم المعين، والمساجد من الوقف على عموم المسلمين -: ذكره حرب عنه بإسناده.

قال ابن رجب: وأما وقفهم على عموم المسلمين كالمساجد، فيتوجه كراهته بكل حال، كما قاله الأنصاري»[٣].

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٩٤).

(٢) البحر الرائق (٥/ ٢٠٤).

(٣) فتح الباري لابن رجب (٣/ ٢٩٨).

القول الثاني:

لا تصح وصيته على المساجد، والجهاد، والرباط ونحوها من القرب الدينية، وهذا مذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة، واختاره بعض المفسرين[(١)].

جاء في حاشية الدسوقي: «ولبطلان القربة الدينية من الكافر رد مالك دينار نصرانية عليها حين بعثت به إلى الكعبة، وأما القرب الدنيوية كبناء قناطر، وتسبيل ماء ونحوهما فيصح»[(٢)].

وقال الخرشي: «وكذلك يبطل وقف الكافر على مسجد من مساجد المسلمين، أو على رباط، أو قربة من القرب الدينية، ولذلك رد مالك دينار النصرانية عليها حيث بعثت به إلى الكعبة. ابن عرفة لا يصح الحبس من كافر في قربة دينية، ولو كان في منفعة عامة دنيوية كبناء القناطر ففي رده نظر، والأظهر إن لم يحتج إليه رد»[(٣)].

وقال الباجي: لو حبس ذمي دارًا على مسجد ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارًا إلى الكعبة أيجعل في الكعبة؟

---

(١) التاج والإكليل مطبوع بهامش مواهب الجليل (٦/ ٢٤)، الشرح الكبير (٤/ ٧٨-٧٩)، المنتقى للباجي (٦/ ١٢٦)، منح الجليل (٨/ ١١٨)، الخرشي (٧/ ٨٢).
وانظر قول الحنابلة في فتح الباري لابن رجب (٣/ ٢٩٧).
وانظر قول بعض المفسرين، في الكتب التالية: التفسير الوسيط للواحدي (٢/ ٤٨٢)، وتفسير البغوي (٢/ ٣٢٣)، وتفسير الرازي (١٦/ ٩).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/ ٧٩).

(٣) الخرشي (٧/ ٨٢)، وانظر منح الجليل (٨/ ١١٨).

قال: يرد إليها، ووجه ذلك أن هذه أموال هي أطهر الأموال وأطيبها، وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك فيجب أن تنزه عنها المساجد»[١].

وذكر جماعة من المفسرين في تفسير قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِلْمُشْرِكِينَ أَن يَعْمُرُوا مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ١٧]. إلى أن المراد منه العمارة المعروفة من بناء المسجد، ومرمته عند الخراب، فيمنع منه الكافر، حتى لو أوصى به لم تقبل وصيته، وهذا أحد القولين في تفسير الآية[٢].

وفي فتح الباري لابن رجب: «وقال عبد الله بن أحمد: سألت أبي عن المرأة الفقيرة تجيء إلى اليهودي أو النصراني فتصدق منه؟ قال: أخشى أن ذلك ذلة.

وقال مهنا: قلت لأحمد: يأخذ المسلم من النصراني من صدقته شيئًا؟ قال: نعم، إذا كان محتاجًا.

فقد يكون عن أحمد روايتان في كراهة أخذ المسلم المعين من صدقة الذمي، وقد يكون كره السؤال، ورخص في الأخذ منه بغير سؤال. والله أعلم»[٣].

القول الثالث:

تصح وصية الذمي على المساجد ونحوها، وهذا مذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة[٤].

---

(١) المنتقى للباجي (٦/ ١٢٣).

(٢) انظر التفسير الوسيط للواحدي (٢/ ٤٨٢)، تفسير البغوي (٢/ ٣٢٣)، تفسير الرازي (١٦/ ٩)، تفسير الخازن (٢/ ٣٤١).

(٣) فتح الباري لابن رجب (٣/ ٢٩٨).

(٤) انظر تحفة المحتاج (٧/ ٥)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٠٢)، مغني المحتاج (٣/ ٤٢)، حاشية الجمل (٤/ ٤٣).

جاء في مغني المحتاج: «وتصح الوصية من كل مسلم أو كافر لعمارة، أو مصالح مسجد إنشاء وترميما؛ لأنه قربة، وفي معنى المسجد المدرسة والرباط المسبل والخانقاه»[١].

وقال إمام الحرمين: «ولو أوصى بما هو قربة عندنا، وليس قربة عندهم، مثل أن يوصي بعمارة مساجدنا، فالوصية نافذة على شرطها في محلها»[٢].

وذكر ابن رجب هذه المسألة في شرحه لصحيح البخاري، فقال: «اختلف الناس في هذا أيضًا على قولين:

أحدهما: أنه لو وصى الكافر بمال للمسجد، أو بمال يعمر به مسجد، أو يوقد به، فإنه تقبل وصيته، وصرح به القاضي أبو يعلى في تعليقه في مسألة الوقيد، وكلامه يدل على أنه محل وفاق، وليس كذلك.

والثاني: المنع من ذلك، وأنه لا تقبل الوصية بذلك ...»[٣]. ثم ذكر من ذهب إلى هذا المذهب.

❑ الراجح:

أرى أن قياس الوصية على الوقف قياس مع الفارق، فالوقف أقرب إلى الصدقات، فالأصل أنه يراد للبر، والوصية أقرب إلى الهبات، فلا يشترط فيها القربة حتى الحنابلة يرون أن الوصية أعم من الوقف، جاء في شرح منتهى الإرادات: «ووصية كوقف في جميع ذلك؛ لأنه يرجع فيها إلى لفظ الموصي،

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٤٢).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٩٧).

(٣) فتح الباري لابن رجب (٣/ ٢٩٨).

كما يرجع في الوقف إلى لفظ واقفه، لكنها أي الوصية أعم من الوقف على ما يأتي، فيصح لمرتد وحربي، وإن لم يصح الوقف عليهما»[١].

القسم الخامس:

[م-١٦٥٦] أن يوصي بما ليس بقربة، ولا معصية عندهم، وهو حرام في ديننا، كما لو أوصى بخمر، فإن أوصاه لمسلم بطلت وصيته قولًا واحدًا، وإن أوصاه لذمي، ففيه خلاف:

القول الأول:

تصح وصية الذمي للذمي بالخمر، وهذا مذهب المالكية[٢]، ومذهب الحنفية، حيث يعتبر الحنفية الخمر للذمي مالًا محترمًا كالخل في حقنا، ولو أتلفه مسلم وجب عليه ضمانه، ولو وجب على الكافر دين لمسلم، فباع الكافر خمرًا، ووفي دينه منه صح عندهم لصحة بيعه[٣].

قال ابن المنذر: «ولو أوصى أن يشترى بها خنزيرًا أو خمرًا يتصدق بها، أو أوصى بخنازير أبطلنا الوصية، وهذا قول أبي ثور.

وقال أصحاب الرأي: يجوز أن يوصي بذلك لأهل الذمة»[٤].

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٢٥).

(٢) الخرشي (٨/ ١٦٨)، الذخيرة (٧/ ١٥٩)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٥).

(٣) المبسوط (١١/ ١٠٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١١٣)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ١٩٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٠، ٣٨٥).

(٤) الإشراف على مذهب العلماء (٤/ ٤٥١).

وقال الخرشي: «الكافر تصح وصيته؛ لانطباق الحد عليه؛ إذ هو حر مميز مالك، إلا إذا أوصى لمسلم بشيء لا يملكه المسلم، كخمر ونحوه، أما إن أوصى بذلك لكافر فإن وصيته تصح؛ لأن الكافر يملك ذلك»[١].

قال العدوي: «وانظر، هل ثمرة صحتها بذلك له الحكم به وبإنفاذها إن ترافعوا إلينا، أو لا يجوز الحكم بذلك؟»[٢].

قلت: لا يمكن الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا بغير ما أنزل الله تعالى، قال تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المائدة: ٤٩].

جاء في الهداية: «وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز: معناه إذا كان مقدارًا معلومًا، والعبد كافرًا؛ لأنها مال في حقهم، بمنزلة الخل في حقنا»[٣].

وقال الكاساني: «وإن كانت لذمي - يعني الخمرة - يضمن عندنا خلافًا للشافعي»[٤].

وقد يصح الاستدلال له بما رواه الشيخان من طريق مالك، عن نافع، عن ابن عمر، **أن عمر بن الخطاب، رأى حلة سيراء عند باب المسجد، فقال: يا رسول الله، لو اشتريت هذه، فلبستها للناس يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك، فقال رسول الله ﷺ: إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة، ثم**

---

(١) الخرشي (٨/ ١٦٨).

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٥).

(٣) الهداية (٣/ ١٥٣)، وانظر فتح القدير (٩/ ١٦٩)، البناية (١٠/ ٣٨٥).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١١٣).

جاءت رسول الله ﷺ منها حلل، فأعطى عمر منها حلة، فقال عمر: يا رسول الله، كسوتنيها، وقد قلت في حلة عطارد ما قلت، فقال رسول الله ﷺ: إني لم أكسكها لتلبسها، فكساها عمر أخًا له مشركا بمكة[١].

فهذه الحلة هي حرام في ديننا، وقد أعطاها عمر لأخيه المشرك، وهو لا يرى التحريم، فمن باب أولى أن يصح إذا أوصى الكافر لمثله بما يعتقداه حلالًا.

القول الثاني:

لا تصح، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة.

قال النووي: «تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى، ولا تصح بخمر، ولا خنزير، سواء أوصى لمسلم أو ذمي»[٢].

وقال ابن قدامة: «وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير، ويتصدق بها على أهل الذمة، وهذه وصايا باطلة، وأفعال محرمة؛ لأنها معصية، فلم تصح الوصية بها، كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور»[٣].

❑ الراجح:

أن وصية الذمي بالخمر للذمي صحيحة؛ لأنها مال عندهم.

(ث-٢١٦) لما روى عبد الرزاق، قال: أخبرنا الثوري، عن إبراهيم بن عبد الأعلى، عن سويد بن غفلة، قال: بلغ عمر بن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثًا، فقال بلال: إنهم ليفعلون ذلك، قال: فلا

---

(١) البخاري (٨٨٦)، ومسلم (٢٠٦٨).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٩٨).

(٣) المغني لابن قدامة (٦/ ٢١٨-٢١٩).

تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها، فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم، فباعوها، وأكلوا أثمانها[١].

(ث-٢١٧) ورواه أبو عبيد من طريق إسرائيل، عن إبراهيم بن عبد الأعلى، عن سويد بن غفلة، **أن بلالًا قال لعمر بن الخطاب: إن عمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج، فقال: لا تأخذوا منهم، ولكن ولوهم بيعها، وخذوا أنتم من الثمن**[٢].

[إسناده صحيح][٣].

وجه الاستدلال: هذا الأثر يدل على أن الخمرة مال محترم عندهم من ثلاثة أوجه: أحدها: أن المبيع متمول؛ لأمر عمر بالبيع.

وثانيها: إيجاب العشر في ثمنها، ولا يجب إلا في متمول.

وثالثها: تسمية ما يقابلها ثمنًا، وهو لا يكون إلا في بيع صحيح عند الإطلاق، ولا يصح البيع إلا في متمول[٤].

قال أبو عبيد: «رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها، إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها؛ لأن الخمر والخنزير مال من أموال أهل الذمة، ولا تكون مالًا للمسلمين . . . قال أبو عبيد: فهو لم يجعلها قصاصًا من الجزية إلا وهو يراها مالًا من أموالهم»[٥].

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٩٨٨٦).

(٢) الأموال (١٢٩).

(٣) سبق تخريجه، انظر (ث ٢٣).

(٤) انظر الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٧٨).

(٥) الأموال (ص٥٤-٥٥).

المبحث الثاني
الوصية من الحربي

الكفر لا ينافي أهلية التمليك(١).

من جاز تصرفه في ماله صحت وصيته.

الوصية كالإعتاق تصح من الذمي والحربي(٢).

[م-١٦٥٧] اختلف العلماء في صحة الوصية من الحربي على قولين:

القول الأول:

ذهب عامة الفقهاء إلى صحة الوصية من الكافر الحربي إذا أوصى بما يصح تملكه من المسلم، فلا يصح أن يوصي بخمر، أو خنزير ونحوهما(٣).

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥).

(٢) شرح الزرقاني (٤/ ١٠٦).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٨٤)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، فتح القدير (١٠/ ٤٩٥)، منح الجليل (٩/ ٥٠٥)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥٩)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١٠٦)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠)، مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٤١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٧)، المبدع (٥/ ٢٢٨)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٦٧)، الإنصاف (٧/ ١٨٤، ٢٢١)، وقد صحح الحنابلة وصية المسلم للحربي فمن باب أولى أن تصح الوصية من الحربي للمسلم، انظر الإنصاف (٧/ ٢٢١)، الإقناع (٣/ ٥٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٣)، كما صحح الحنابلة تدبير الكافر، وفيه شبه من الوصية، ولذلك قال بن مفلح في المبدع عن التدبير (٦/ ٣٣): «ويصح من كل من تصح وصيته؛ لأنه تبرع بالمال بعد الموت، أشبه الوصية . . . ويصح من الكافر، ولو حربيًا ومرتدًا».

وانظر الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٣٢)، وسوف نبحثها إن شاء الله تعالى في فصل مستقل.

❑ وجه القول بصحة الوصية من الكافر:

الوجه الأول:

أن الحربي يملك الأهلية الكاملة، ومنها أهلية التبرع بماله لكونه حرًا مميزًا مالكًا.

الوجه الثاني:

قياس الوصية على العتق، فإذا صح الإعتاق من الحربي والذمي صحت الوصية قياسًا عليه بجامع أن كلًا منهما بترع محض.

الوجه الثالث:

كون الحربي ليس من أهل الثواب لا يعني عدم صحة الوصية؛ لأن الوصية للمعين لا يشترط فيها القربة.

الوجه الرابع:

قياس الوصية على سائر تصرفات الحربي المالية، من بيع وإجارة، ونحوها.

قال في بدائع الصنائع: «وأما إسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته، فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم . . . لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم، أو الذمي يصح في الجملة»[1].

وجاء في الاختيار لتعليل المختار: «حربي دخل دارنا بأمان، فأوصى بجميع ماله لمسلم أو ذمي جاز؛ لأن عدم الجواز بما زاد على الثلث إنما كان لحق

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥).

الورثة، ألا ترى أنهم لو أجازوا جاز، وليس للورثة حق محترم؛ لكونهم في دار الحرب؛ إذ هم كالأموات في أحكامنا، فصار كأن لا وارث له فيصح»[١].

قوله: **(حربي دخل دارنا بأمان)** لأن الحربي إذا كان في دار الحرب فلا ولاية لنا عليه، فحكم وصيته لا يخضع لحكمنا، وإنما يخضع لما هو معمول به عندهم، وهذا ظاهر.

وقال الزرقاني في شرح الموطأ: «الوصية كالإعتاق وهو يصح من الذمي والحربي»[٢].

وقال الخرشي: «الكافر تصح وصيته لانطباق الحد عليه إذا هو حر مميز، مالك إلا إذا أوصى بشيء لا يملكه المسلم كخمر ونحوه، أما إن أوصى بذلك لكافر فإن وصيته تصح»[٣].

وقال في الحاوي: «فأما الكافر: فوصيته جائزة ذميًا كان أو حربيًا، إذا وصى بمثل ما وصى به المسلم»[٤].

القول الثاني:

لا تصح الوصية من الحربي، ذكره بعض الحنابلة احتمالًا.

❑ وجه القول بذلك:

أن الحربي لا حرمة له، ولا لماله، فكيف تصح وصيته.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٨٤).
(٢) شرح الزرقاني (٤/ ١٠٦).
(٣) الخرشي (٨/ ١٦٨).
(٤) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠).

قال ابن مفلح الصغير: «وتصح الوصية بالمال من البالغ الرشيد، عدلًا كان أو فاسقًا، رجلًا أو امرأة، مسلمًا أو كافرًا؛ لأن هبتهم صحيحة، فالوصية أولى. وحاصله أن من جاز تصرفه في ماله، جازت وصيته . . . وظاهره في الكافر، لا فرق بين الذمي والحربي، وفيه احتمال؛ لأنه لا حرمة له، ولا لماله»[١].

❑ **الراجح:**

أرى أن القول بصحة الوصية من الحربي هو الراجح، والقول بخلافه إنما ذكر احتمالًا، وهذا لا يثبت قولًا، والله أعلم.



(١) المبدع (٥/٢٢٨).

المبحث الثالث
في الوصية من المرتد

[م-١٦٥٨] اختلف العلماء في صحة وصية المرتد، وخلافهم راجع إلى اختلافهم في حكم تصرفه في ماله بعد ردته:

فمن قال: إن ملك المرتد لماله يزول بردته لم يصحح وصيته كالمالكية.

ومن قال: إن ملكه لا يزول عنه بردته، فاختلفوا:

فقيل: تصح وصيته كأبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية؛ لأن وجوب قتله لا يمنع من صحة وصيته كالحربي.

وقيل: بل ماله موقوف، فإن مات على ردته بطلت، وإن رجع إلى الإسلام قبل موته نفذت وصيته، وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة، وبه قال أبو حنيفة في المرتد فقط دون المرتدة، والفرق عنده راجع إلى أن المرتد يجب قتله إلا أن يرجع إلى الإسلام بخلاف المرتدة.

هذه هي الأقوال على سبيل الإجمال، وأما أقوال العلماء على سبيل التفصيل فإليك هي:

القول الأول:

لا تصح وصية المرتد مطلقًا حال ردته، ولو رجع المرتد للإسلام، وهذا مذهب المالكية، وقول في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة[1].

---

(١) منح الجليل (٩/ ٥٠٥، ٥١٢)، الذخيرة (٧/ ١٠)، شرح الخرشي (٨/ ١٧١)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٣٠٧)، روضة الطالبين (١٠/ ٧٩)، الإنصاف (٧/ ١٨٤).

قال النووي: «إذا قلنا بزوال ملكه، لا يصح تصرفه ببيع، وشراء، وإعتاق، ووصية»[١].

وقال الخرشي: «وإذا أوصى بوصايا، ثم ارتد عن الإسلام، فإن توبته تسقط ما أوصى به»[٢].

وقال القرافي: «ولا تنفذ وصية المرتد، وإن تقدمت ردته الوصية؛ لأن الوصية إنما تعتبر زمن التمليك، وهو زمن الموت»[٣].

وجاء في الفواكه الدواني: «تبطل أيضًا بارتداد الموصي أو الموصى له، ولو رجع المرتد للإسلام»[٤].

وفي حاشية العدوي: «وأما وصايا المرتد فباطلة وإن تقدمت حال إسلامه»[٥].

---

(١) روضة الطالبين (١٠/ ٧٩)، وللشافعية ثلاثة أقوال في ملك المرتد لماله:
أحدها: أن ملكه لا يزول بردته ما بقي حيا حتى يموت، أو يقتل فيصير فيئًا.
والقول الثاني: إن ملكه قد زال بالردة، فإن عاد إلى الإسلام ملكه ملكًا مستجدًا.
والقول الثالث: أن ملكه موقوف مراعى، فإن عاد إلى الإسلام علم بقاؤه على ملكه، وإن مات أو قتل على الردة، علم زواله عن ملكه بالردة. والمشهور هو القول الثالث.
انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١١٨)، قال الخطيب في مغني المحتاج (٣/ ٣٩): ملكه موقوف على الأصح. اهـ
وانظر (٤/ ٣٧٨) من نفس الكتاب.

(٢) شرح الخرشي (٨/ ٦٨).

(٣) الذخيرة (٧/ ١٠).

(٤) الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣).

(٥) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٥).

القول الثاني:

تصح وصية المرتد، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[١].

وكونها صحيحة أي على التفصيل الذي قيل في وصية الكافر، فيصح منه ما يصح من القوم الذين انتقل إليهم، فلو ارتد إلى النصرانية، ثم أوصى بما هو قربة عند المرتد، ومعصية عند الموصى لهم، ولم يقصد في الوصية نفع قوم بأعيانهم لم تصح الوصية عندهما.

ولو أوصى بما هو قربة عنده وعند الموصى لهم صحت.

أو أوصى بما هو معصية عنده ومعصية عندهم لم تصح.

قال الزيلعي: «ذكر العتابي في الزيادات: أن من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية، فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم، فما صح منهم صح منه، وهذا عندهما»[٢].

وجاء في الفتاوى الهندية: «لو ارتد مسلم إلى اليهودية أو النصرانية أو المجوسية، ثم أوصى ببعض هذه الوصايا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتوقف ... وعندهما تصرفات المرتد نافذة للحال، فيصح منه ما يصح من القوم الذين انتقل إليهم، حتى لو أوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا، وكان ذلك لقوم غير معينين لا يصح عندهما»[٣].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٩٥)، البناية (١٣/ ٤٩٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٢).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥).

(٣) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٢).

القول الثالث:

المرتد ملكه موقوف، فإن مات أو قتل كافرًا بطلت الوصية، وإن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة[١].

وقال النووي: «وفي زوال ملكه عن ماله بها أقوال، أظهرها: إن هلك مرتدًا بان زواله بها، وإن أسلم بان أنه لم يزل . . . وإذا وقفنا ملكه فتصرفه إن احتمل الوقف، كعتق، وتدبير، ووصية موقوف إن أسلم نفذ وإلا فلا»[٢].

وفي كشاف القناع: «ويكون ملكه موقوفًا، فإن أسلم ثبت ملكه، وإن قتل أو مات كان ماله فيئًا»[٣].

وهذا قول أبي حنيفة في المرتد فقط دون المرتدة؛ لأن الردة من المرأة لا يوجب قتلها عنده، بل تستتاب، فإن تابت خلي سبيلها، وإلا أجبرت على الإسلام بالحبس، بخلاف المرتد، فإنه إما أن يقتل أو يسلم، ولهذا تكون وصاياه موقوفة، إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا[٤].

---

(١) أسنى المطالب (٣/ ٣٠)، منهاج الطالبين (ص٢٩٤)، حاشية الجمل (٤/ ٤٢)، الإنصاف (١٠/ ٣٣٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٠٢)، مطالب أولي النهى (٦/ ٣٠١)، الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص٥٤٧).

(٢) منهاج الطالبين (ص٢٩٤).

(٣) كشاف القناع (٦/ ١٨٢).

(٤) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٣٧)، فتح القدير (١٠/ ٤٩٥)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٩٥)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤٩٨)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٤٦)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٨)، حاشية الجمل (٤/ ٤٢).

وقال في العناية عن وصية المرتد: «جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة، إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وإلا فلا»[١].

وقال ابن الهمام: «وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها؛ لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم»[٢].

❑ والدليل على التفريق بين الرجل والمرأة:

الدليل الأول:

(ث-٢١٨) ما رواه ابن أبي شيبة من طريق قتادة، عن خلاس، عن علي ﷺ في المرتدة تستتاب. وقال حماد: تقتل.

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول:

أن الأثر ضعيف، ضعفه البيهقي وغيره[٣].

---

(١) العناية (١٠/ ٤٩٥).

(٢) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٩٥).

(٣) السنن (٣/ ٢٧٨).

وقال البيهقي في السنن (٦/ ١٢٢) أهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس، عن علي. اهـ

وقال أبو داود: لم يسمع من علي. جامع التحصيل (١٧٥).

وقال الإمام أحمد: كان يحيى بن سعيد لا يحدث عن قتادة، عن خلاس، عن علي، يعني كأنه لم يسمع منه، وكان يحدث عن قتادة عنه، عن عمار وغيره، كأنه يتوقى حديثه عن علي فقط، ويقول: ليس هي صحاحًا، أو لم يسمع منه.

وقال أحمد في موضع آخر: روايته عن علي ﷺ من كتاب.

وكذا قال أبو حاتم، يقال: وقعت عنده صحف عن علي. جامع التحصيل (١٧٥).

الوجه الثاني:

لو صح الأثر لكان معناه: تستتاب أي قبل أن تقتل كالخلاف في الرجل المرتد، هل يقتل قبل أن يستتاب، أو يستتاب فإن تاب وإلا قتل.

الدليل الثاني:

(ث-٢١٩) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، ووكيع، عن أبي حنيفة، عن عاصم، عن أبي رزين، عن ابن عباس، **قال: لا تقتل النساء إذا ارتددن عن الإسلام، ولكن يحبسن، ويدعين إلى الإسلام، ويجبرن عليه**[1].

---

(١) المصنف نسخة (عوامة) (٣٣٤٤٣).

وقد رواه عبد الرزاق في المصنف (١٨٧٣١) عن الثوري، عن عاصم، عن أبي رزين، عن ابن عباس. وهذا لو ثبت لكان متابعًا لأبي حنيفة، ولكن العلماء قد ذكروا أن الثوري قد دلسه، وأنه لم يسمعه من عاصم، بل رواه عن أبي حنيفة، فقد رواه الدارقطني (٣/ ٢٠١) من طريق محمد بن أبي بكر العطار أبي يوسف الفقيه، نا عبد الرزاق، أخبرنا سفيان، عن أبي حنيفة، عن عاصم به.

فرجعت رواية سفيان إلى رواية أبي حنيفة، وقد روى الدارقطني بسند صحيح عن يحيى بن معين، أنه قال: كان الثوري يعيب على أبي حنيفة حديثًا كان يرويه، ولم يروه غير أبي حنيفة، عن عاصم، عن أبي رزين. ساقه الدارقطني بعد ذكره لرواية أبي حنيفة.

وقال أبو عاصم الضحاك بن مخلد كما في سنن الدارقطني (٣/ ٢٠١): نرى أن سفيان الثوري إنما دلسه عن أبي حنيفة.

قال أحمد بن حنبل: لم يروه الثقات من أصحاب عاصم كشعبة وابن عيينة وحماد بن زيد، وإنما رواه الثورى، عن أبى حنيفة، وقد قال أبو بكر بن عياش: قلت لأبى حنيفة: هذا الذي قاله ابن عباس إنما قاله فيمن أتى بهيمة أنه لا قتل عليه، لا فى المرتدة، فتشكك فيه وتلون لم يقم به، فدل أنه خطأ». =

وجه الاستدلال:

أن ابن عباس هو الراوي عن رسول ﷺ من بدل دينه فاقتلوه، ولم ير قتل المرتدة، فهو أعلم بمخرج الحديث.

= انظر شرح صحيح البخاري لابن بطال (٨/ ٥٧٤).
وروى البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٥٣): من طريق أبي بكر بن المؤمل، ثنا الفضل بن محمد، ثنا أحمد بن حنبل، ثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: سألت سفيان عن حديث عاصم في المرتدة، ، فقال: أما من ثقة فلا.
وأبو بكر: هو محمد بن المؤمل بن الحسن، له ترجمة في سير أعلام النبلاء، وقال فيه: أحد البلغاء والفصحاء . . . وكان أبو علي الحافظ يقرأ عليه تاريخ أحمد بن حنبل. روى عنه السلمي، والحاكم، وسعيد بن محمد بن عبدان.
انظر سير أعلام النبلاء (١٦/ ٢٣-٢٤).
وفي المنتخب من كتاب السياق لتاريخ نيسابور (٥٩) مشهور ثقة، من بيت الحديث والصلاح والتزكية.
والفضل بن محمد: هو البيهقي الشعراني، له ترجمة في ميزان الاعتدال، جاء فيها:
قال أبو حاتم: تكلموا فيه. انظر الجرح والتعديل (٧/ ٦٩).
وقال الحاكم: لم أر خلافًا بين الأئمة الذين سمعوا منه في ثقته وصدقه، رضوان الله عليه، وكان أديبًا فقيهًا عالمًا عابدًا كثير الرحلة في طلب الحديث، فهمًا عارفًا بالرجال، تفرد برواية كتب لم يروه أحد بعده، التاريخ الكبير عن أحمد، والتفسير عن سنيد، والقراءات عن خلف، والتنبيه عن يحيى بن أكثم، والمغازي عن إبراهيم الحزامي، والفتن عن نعيم بن حماد. سير أعلام النبلاء. (١٣/ ٣١٨).
وقال الذهبي في السير: الإمام، الحافظ، المحدث، الجوال، المكثر. المرجع السابق.
وفي الميزان: وهو ثقة لم يطعن فيه بحجة، وقد سئل عنه الحسين القتبانى فرماه بالكذب، قال: وسمعت أبا عبد الله بن الأخرم يسأل عنه، فقال: صدوق، إلا أنه كان غاليا في التشيع. ميزان الاعتدال (٣/ ٣٥٨).
وأما ما رواه الدارقطني (٣/ ١١٨) من طريق أبي مالك النخعي، عن عاصم بن أبي النجود به، فهذه متابعة لا يفرح بها؛ لأن أبا مالك النخعي شديد الضعف.

ويجاب:

بأن هذا الأثر موقوف على ابن عباس، وهو من جهة الصناعة ضعيف، لا يثبت عن ابن عباس، وقد انفرد به الإمام أبو حنيفة، وهو إمام من أئمة الإسلام في الفقه، وعلى جلالة قدره لم يكن أهل الحديث يحتجون بما ينفرد به من الأحاديث، وعلى فرض صحته فإنه لا يقبل لأمرين:

الأمر الأول:

أنه مخالف للسنة المرفوعة، وقول الصحابي إذا خالف السنة فهو رد، وإنما يستأنس بقول الصحابي ويكون من المرجحات عند الخلاف بشرط ألا يخالف السنة، ولم يعارضه مثله.

(ح-١٠٢٤) وقد روى البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعًا، قال: **من بدل دينه فاقتلوه**[١].

واسم الشرط من ألفاظ العموم يدخل فيه الرجال والنساء، ولم يخص امرأة من رجل.

الأمر الثاني:

إذا كانت جميع الحدود بما هو دون الكفر من زنا وسرقة وشرب خمر وحد قذف وقصاص والتى هى دون ذنب الردة لازمة للرجال والنساء، فكيف يجوز أن يفرق أحد بين أعظم الذنوب فيطرحه عن النساء ويلزمهن ما دون ذلك؟ هذا غلط بيِّن[٢].

---

(١) البخاري (٦٩٢٢).

(٢) انظر شرح صحيح البخاري لابن بطال (٨/ ٥٧٤).

وقد وردت أحاديث في قتل المرأة المرتدة، وهي ضعيفة، من ذلك:

(ح-١٠٢٥) ما رواه الدارقطني من طريق نجيح بن إبراهيم الزهري، أخبرنا معمر بن بكار السعدي، أخبرنا إبراهيم بن سعد، عن الزهري، عن محمد بن المنكدر، عن جابر، **أن امرأة يقال لها: أم مروان ارتدت عن الإسلام، فأمر النبي ﷺ أن يعرض عليها الإسلام، فإن رجعت وإلا قتلت**[1].

---

(١) الدارقطني (٣/ ١١٩)، ومن طريقه رواه البيهقي في السنن (٨/ ٣٥٣).

وفي إسناده: نجيح بن إبراهيم، وهو ضعيف. ذكره ابن حبان في الثقات، ونقل الحافظ في اللسان عن مسلمة بن القاسم، قوله: أخرنا عنه ابن الأعرابي، وكان بالكوفة قاضيًا، وهو ضعيف. اهـ

وفي إسناده: معمر بن بكار السعدي، ترجم له الذهبي في الميزان (٤/ ١٥٣)، وقال: شيخ لمطين، صويلح، قال العقيلي: في حديثه وهم، ولا يتابع على أكثره.

ورواه الدارقطني (٣/ ١١٩) والبيهقي في السنن (٨/ ٣٥٣) من طريق محمد بن عبيد، عن معمر به، ومحمد بن عبيد صدوق، قال فيه الدراقطني: ثقة صدوق. وقال مسلمة: ثقة. وذكره ابن حبان في الثقات. وفي التقريب: صدوق.

فتبقى علته: معمر بن بكار السعدي.

قال الحافظ ابن حجر في الفتح (١٢/ ٢٦٨): أخرج الدارقطني عن ابن المنكدر، عن جابر أن امرأة ارتدت فأمر النبي ﷺ بقتلها، وهو يعكر على ما نقله ابن الطلاع في الأحكام أنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه قتل مرتدة. اهـ

وسكت عليه، ولم يتكلم على ضعفه.

وروى الدارقطني (٣/ ١١٩)، قال: أخبرنا عمر بن الحسن بن عمر القراطيسي، أخبرنا الحسن بن القاسم بن الحسين البجلي، أخبرنا الحسين بن نصر، أخبرنا خالد بن عيسى، عن حصين، عن ابن أخي الزهري، عن عمه (الزهري) به.

وشيخ الدارقطني ومن فوقه إلى حصين لم أقف لهم على ترجمة بعد البحث.

ورواه الدارقطني في السنن (٣/ ١١٨) من طريق محمد بن عبد الملك الأنصاري، عن الزهري بنحوه، ومحمد الأنصاري قال فيه أحمد بن حنبل كما في ميزان الاعتدال: كان أعمى يضع الحديث، ويكذب. =

الدليل الثالث:

قياس المرأة المرتدة على المرأة الحربية، فإذا كانت المرأة الحربية لا تقتل في شريعتنا، فكذلك المرأة المرتدة.

ويجاب:

بأن هناك فرقًا بين الحربية والمرتدة، فالحربية إنما لم تقتل إذ لم تقاتل؛ لأن الغنيمة تتوفر بترك قتلها؛ لأنها تسبى وتسترق، والمرتدة: لا تسبى ولا تسترق، فليس فى استبقائها غنم[1].

❑ الراجح:

القول بصحة وصية المرتد لا يعني القول بصحة نفاذها، فهي تنعقد صحيحة؛ لأنه يملك، وملكه باق على ماله كسائر تصرفاته، ويقضى من ماله ديونه، وكسبه

= وقال البخاري: منكر الحديث. وقال النسائي: متروك. وقال أبو حاتم الرازي: ذاهب الحديث جدًا كذاب، كان يضع الحديث. وقال أبو زرعة: ضعيف الحديث.

ورواه الدارقطني (٣/ ١١٩) حدثني محمد بن عبد الله بن موسى البزاز من كتابه، أخبرنا أحمد بن يحيى بن زكريا، أخبرنا جعفر بن أحمد بن سلم العبدي، أخبرنا الخليل بن ميمون الكندي بعبادان، أخبرنا عبد الله أذينة، عن هشام بن الغاز، عن محمد بن المنكدر عن جابر بنحو ما سبق.

ورواه البيهقي في السنن (٨/ ٣٥٢)، وقال: في هذا الإسناد بعض من يجهل.

وأحمد بن يحيى بن زكريا ترجم له في اللسان، وقال: قال الدارقطني في الغرائب: ليس بشيء. وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف: لم يكن بمرضي في الحديث.

ولم أقف على ترجمة الخليل بن ميمون.

وجعفر بن أحمد بن سلم العبدي لم أقف على من وثقه، وإن ذكره الأمير ابن ماكولا (١/ ٤٢٥).

(١) انظر شرح صحيح البخاري لابن بطال (٨/ ٥٧٤).

بعد ردته كسب صحيح، فإن رجع إلى الإسلام قبل قتله نفذت وصيته، وإن قتل عقوبة له على ردته، أو مات بطلت وصاياه كسائر عمله، وهل يكون ماله لأقاربه المسلمين، أو يشاركهم فيه عموم المسملين، حيث يصرف إلى بيت المال، والذي هو ملك لجميع المسلمين، قولان في هذه المسألة، وليس هذا موضع بحثها، والله أعلم.





الشرط السادس
في اشتراط غنى الموصي

ترك المال للوارث القريب المحتاج خير من دفعه للأجنبي.

ترك الوصية بنية نفع الوارث المحتاج صدقة عليه.

[م-١٦٥٩] اختلف العلماء في حكم الوصية من الفقير إذا كان ورثته محتاجين:

القول الأول:

إذا كان الوارث فقيرًا، لا يستغني بنصيبه من التركة، فالأفضل ألا يوصي، وهذا مذهب الحنفية[١].

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «وإن كانت الورثة فقراء، لا يستغنون بنصيبهم، فتركها أفضل؛ لما فيه من الصلة والصدقة عليهم»[٢].

وقال ابن نجيم: وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى»[٣].

القول الثاني:

أن الوصية من الفقير مع حاجة الورثة مكروهة، وهذا مذهب المالكية،

(١) العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٢٨)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٤)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٠)،

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٤).

(٣) البحر الرائق (٨/ ٤٦٠).

والحنابلة[١].

قال في الفواكه الدواني عن حكم الوصية: «قسمها ابن رشد واللخمي خمسة أقسام: فتجب إذا كان عليه دين، وتندب إذا كانت بقربة غير واجبة، وتحرم بمحرم كالنياحة، ونحوها ... وتكره إذا كانت بمكروه أو في مال فقير»[٢]، وعبارة العدوي «أو في مال قليل»[٣]، والمعنى واحد.

وفي الإنصاف: «تكره للفقير الوصية مطلقًا على الصحيح من المذهب»[٤].

وقال في مطالب أولي النهى: «وتكره وصية لفقير أي منه، إن كان له ورثة محاويج»[٥].

القول الثالث:

ذهب الشافعية إلى استحباب أن ينقص من الثلث شيئًا سواء كان الورثة أغنياء أو فقراء؛ خروجًا من خلاف من أوجب ذلك؛ ولأن النبي ﷺ استكثر الثلث بقوله ﷺ: **الثلث والثلث كثير**، وقيل: إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث، وإلا فيستحب النقص منه[٦].

---

(١) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٤/ ٥٧٩)، حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١٦٨)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٨)، الإنصاف (٧/ ١٩١)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٧)، الفروع (٤/ ٦٦٠).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ١٣٢).

(٣) حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١٦٨).

(٤) الإنصاف (٧/ ١٩١).

(٥) مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٧).

(٦) مغني المحتاج (٣/ ٤٧)، نهاية المطلب (١٠/ ٦)، حاشية الشرواني (٧/ ٢١)، نهاية المحتاج (٦/ ٥٤)، حاشية الجمل (٤/ ٤٩)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٤٨).

جاء في مغني المحتاج: «وسن أن ينقص عن الثلث شيئًا خروجًا من خلاف من أوجب ذلك؛ ولاستكثار الثلث في الخبر، وسواء أكانت الورثة أغنياء أم لا، وإن قال المصنف في شرح مسلم: إنهم إذا كانوا أغنياء لا يستحب النقص وإلا استحب»(١).

قال النووي: «والأحسن أن ينقص من الثلث شيئًا. وقيل: إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث، وإلا فيستحب النقص منه»(٢).

وجاء في الحاوي: «أولى الأمرين به أن يعتبر حال ورثته، فإن كانوا فقراء، كان النقصان من الثلث أولى من استيعاب الثلث.

وقد روي عن علي عليه السلام أنه قال: (لأن أوصي بالسدس أحب إلي من أن أوصي بالربع، والربع أحب إلي من الثلث).

وإن كان ورثته أغنياء، وكان في ماله سعة، فاستيفاء الثلث أولى به»(٣).

هذه مجمل الأقوال، وهي كالتالي:

إذا كان الورثة فقراء:

فقيل: الوصية خلاف الأولى. وهذا مذهب الحنفية.

وقيل: الوصية مكروهة، وهذا مذهب المالكية، والحنابلة.

وقيل: يستحب النقص من الثلث، وهذا مذهب الشافعية.

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٤٧).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٢٢).

(٣) حاشية الجمل (٨/ ١٩٤).

☐ وجه من قال: الترك أولى:

أن الورثة إذا كانوا فقراء كان ترك المال لهم خيرًا من الوصية للبعيد، ولقوله ﷺ: **إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس**[(١)].

وقوله: (خير) أفعل تفضيل بمعنى: أخير، أي أفضل، ولا يلزم من ترك الأفضل، والأخذ بالمفضول أن يقع الإنسان في المكروه، وإلا لقلنا: إن ترك جميع المندوبات تعني الوقوع في المكروه، وهذا غير صحيح.

ويناقش:

لا يلزم من استخدام أفعل التفضيل أن لا تكون الوصية مكروهة مع حاجة الورثة، فإن أفعل التفضيل قد يستخدم في غير بابه، كما في قول المؤذن: الصلاة خير من النوم، فإن النوم عن الصلاة ليس فيه فضل مطلقًا، فإذا كانت الوصية نوعًا من الصدقة، وكان ترك الثلث للزوج والولد صدقة من الميت على أهله، فإذا أخذها الموصي من أهله مع فاقتهم ليدفعها إلى البعيد لم يكن ذلك من الإحسان على الأهل، وقد قال تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩].

☐ دليل من قال: إن الوصية مكروهة:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠] والخير: إنما هو المال الكثير.

---

(١) صحيح البخاري (١٢٩٥).

الدليل الثاني:

(ح-١٠٢٦) قال رسول ﷺ: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول[١].

الدليل الثالث:

(ث-٢٢٠) وروى سعيد بن منصور قال: أخبرنا أبو معاوية، عن محمد بن شريك المكي، عن ابن أبي مليكة، عن عائشة، **قالت: قال لها رجل: إني أريد أن أوصي؟ قالت: كم مالك؟ قال: ثلاثة آلاف، قالت: كم عيالك؟ قال: أربعة، قالت: قال الله ﷻ: إن ترك خيرًا، وإن هذا الشيء يسير، فاتركه لعيالك، فهو أفضل**[٢].

[إسناده صحيح].

الدليل الرابع:

(ث-٢٢١) روى الطبري من طريق أيوب، عن نافع، أن ابن عمر، **لم يوص وقال: أما مالي فالله أعلم ما كنت أصنع فيه في الحياة، وأما رباعي فما أحب أن يشرك ولدي فيها أحد**[٣].

---

(١) صحيح البخاري (١٤٢٦)، وصحيح مسلم (١٠٣٤).

(٢) سعيد بن منصور في التفسير (٢٤٨)، ومن طريق سعيد بن منصور أخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٢٧٠).

ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (عوامة) (٣١٥٩١) حدثنا أبو معاوية به.

(٣) تفسير الطبري (٣/ ١٣٣)، قال علي بن المديني: لم يلق أحدًا من أصحاب النبي ﷺ. انظر جامع التحصيل (١٣).

[إسناده صحيح].

الدليل الخامس:

(ث-٢٢٢) وروى الدارمي من طريق حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، **أن عليًا دخل على مريض، فذكروا له الوصية، فقال علي: قال الله: إن ترك خيرًا، ولما أره ترك خيرًا. قال حماد: فحفظت أنه ترك أكثر من سبعمائة**[١].

[ضعيف عروة لم يلق عليًا][٢].

الدليل السادس:

(ث-٢٢٣) وروى سعيد بن منصور، من طريق ابن جريج، عن ليث، عن طاوس، عن ابن عباس، **قال: إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي**.

[ضعيف][٣].

الدليل السابع:

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن من لم يكن عنده إلا اليسير التافه من المال أنه لا يندب إلى الوصية»[٤].

---

(١) سنن الدارمي (٣٠٩٦).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ث ٢٠٤).

(٣) رواه سعيد بن منصور في التفسير (٢٥٠)، ومن طريق سعيد بن منصور رواه البيهقي في السنن (٦/ ٢٧٠)، وفي إسناده ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف.
وروواه ابن أبي شيبة (عوامة) (٣١٥٨٨) حدثنا ابن جريج، عن ليث به.

(٤) التمهيد (١٤/ ٢٩١)، وانظر شرح البخاري لابن الملقن (١٧/ ١٧٤).

❑ وجه من قال: يستحب النقص من الثلث:

الكراهة حكم شرعي، ولا يثبت إلا بدليل شرعي، ولا يوجد دليل على كراهة الوصية مع فقر الورثة، وقد أعطاهم الشارع حقهم من المال، وترك للميت حقًا فيه، فإذا كان الموصي لو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره مع فقر الورثة وغناهم، وصغرهم وكبرهم كانت وصية ماضية بإذن الشارع، والرسول إنما قال في الثلث: الثلث والثلث كثير، ولو كانت الوصية مكروهة، أو تركها أفضل مع حاجة الورثة لأرشد إلى ذلك الشارع، فدل على أن المستحب هو النقص من الثلث لا غير، والله أعلم.

❑ الراجح:

أن الوصية مستحبة، وهذا الاستحباب مشروط بقوله تعالى: إن ترك خيرًا وهذه إشارة إلى أن الاستحباب ليس مطلقًا، وإنما هو مشروط بأن يكون قد خلف مالًا كثيرًا، فإذا ترك مالًا يسيرًا قلنا له لا تستحب لك الوصية، ولو أوصى لم يكن حرامًا، ولا مكروهًا، وإنما يقال: فعلت أمرًا خلاف المستحب، فالترك أفضل لك من الوصية.



مبحث
في تقدير المال القليل من الكثير

الميراث إذا لم يبلغ بالوارث حد الغنى فهو قليل.

[م-١٦٦٠] اختلف السلف في المال الذي إذا تركه الميت فهو قليل.

وقد جاءت مجموعة من الآثار في شأن ذلك، منها:

(ث-٢٢٤) ما ورد عن عائشة لأنه قال لها رجل: إني أريد أن أوصي؟ قالت: كم مالك؟ قال: ثلاثة آلاف، قالت: كم عيالك؟ قال: أربعة، قالت: قال الله ﷻ: إن ترك خيرًا، وإن هذا الشيء يسير، فاتركه لعيالك، فهو أفضل، [إسناده صحيح](١).

(ث-٢٢٥) وروى عروة، أن عليًا دخل على مريض، فذكروا له الوصية، فقال علي: قال الله: إن ترك خيرًا، ولما أره ترك خيرًا. قال حماد: فحفظت أنه ترك أكثر من سبعمائة.

[ضعيف، عروة لم يلق عليًا](٢).

(ث-٢٢٦) وعن ابن عباس، قال: إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي.

[ضعيف](٣).

---

(١) انظر (ث ٢٠٦).

(٢) انظر (ث ٢٠٤).

(٣) انظر (ث ٢٠٥).

وهذه الأمور قد تختلف من بلد إلى آخر، ومن زمن إلى زمن، فربما كان المال القليل في وقت هو كثير بالنسبة إلى وقت آخر، أو بلد آخر، وهذا مشاهد في عصرنا، بحسب دخل الفرد وتكاليف المعيشة، والآثار التي سقناها عن بعض الصحابة إنما هي تقدير للقليل والكثير في عصرهم، ولم يصح منها إلا ما ورد عن عائشة رضي الله عنها.

وقال الخرشي: «اختلف في الكثير، فقيل: ما زاد على نفقة العيال. يحتمل في العمر الغالب، ويحتمل في السنة.

وقيل: ألف درهم. وقيل: ستون دينارًا. وقيل تسعمائة درهم فما فوق»[(١)].

أرى أن المعيار في القليل والكثير عندي هو ما ذكره ابن قدامة في المغني حيث يقول:

«والذي يقوى عندي، أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة، فلا تستحب الوصية؛ لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله: (إنك تترك ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة).

ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم، كان تركه لهم كعطيتهم إياه، فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم، وغناهم وحاجتهم، فلا يتقيد بقدر من المال. والله أعلم. وقد قال الشعبي: ما من مال أعظم أجرًا، من مال يتركه الرجل لولده، يغنيهم به عن الناس»[(٢)].

---

(١) شرح الخرشي (٨/ ١٦٧).

(٢) المغني (٦/ ١٣٩)، وأثر الشعبي رواه سعيد بن منصور كما في التفسير من سنن سعيد بن =

الباب الرابع
في شروط الموصى له

الشرط الأول
في اشتراط أن يكون الموصى له أهلاً للتملك

الوصية لمن لا يملك تعني الصرف على مصالحه كالوقف عليه.

[م-١٦٦١] هل يشترط أن يكون الموصى له ممن يصح تملكه؟

أو نقول: تصح الوصية لمن لا ليس لديه أهلية التملك، ويكون مقصود الموصي ليس التمليك، وإنما الصرف على مصالحه، كالوصية على المساجد والقناطر، والحيوان، والميت، والحمل، وقس على هذا غيرها.

قال ابن شاس المالكي: «وتصح الوصية لكل من يتصور له الملك»(١).

وسوف ندرس هذه المسائل مسألة مسألة، ونستكشف أقوال الفقهاء فيها، وما لم يذكر مقيس على ما ذكر.



= منصور (٢٤٩)، أخبرنا عيسى بن يونس، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي. وسنده صحيح.

(١) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢١٦).



المبحث الأول: الوصية للمسجد

اختلف العلماء في صحة الوصية للمسجد على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

تصح الوصية للمسجد مطلقًا. وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية، والمذهب عند المالكية، وبه قال الرافعي من الشافعية، قال النووي: هذا هو الأفقه والأرجح(١).

جاء في الفتاوى الهندية: «إذا قال: أوصيت بمائة درهم لمسجد كذا، أو لقنطرة كذا، نص محمد رحمه الله تعالى أنه جائز، وهو لمرمتها وإصلاحها، وبه أخذ ابن مقاتل»(٢).

وقال ابن شاس المالكي: «أما المسجد والقنطرة والجسر وما أشبه ذلك، وإن لم تملك فالوصية لها صحيحة؛ إذ هي منزلة على الصرف في مصالحها؛ لأنا نعلم أنه لم يرد بها التمليك، فصار كالوقف عليها»(٣).

وقال القرافي: «لأن الوصية للمسلمين؛ لحصول تلك المصالح لهم»(٤).

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٤٧١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٦)، المبسوط (٢٨/ ٩٥)، التاج والإكليل (٦/ ٣٦٧)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢١٧)، الذخيرة (٧/ ١٤)، الخرشي (٨/ ١٧٠)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣)، المحرر (١/ ٣٨٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٦)، المبدع (٥/ ٢٢٨).

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ٩٧).

(٣) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢١٧).

(٤) الذخيرة (٧/ ١٤).

وقال الخرشي: «الوصية للمسجد ونحوه، كالقنطرة، والسور تصح، ويصرف ذلك الشيء الموصى به في مصالح تلك الأشياء، كوقيد، وعمارة؛ لأن مقصود الناس بالوصية لذلك، فإن لم يكن للمسجد مصالح فيدفع للفقراء»[(١)].

قال في مغني المحتاج: «إذا قال: أردت تمليك المسجد . . . نقل الرافعي عن بعضهم أن الوصية باطلة، ثم قال: ولك أن تقول سبق أن للمسجد ملكًا وعليه وقفًا، وذلك يقتضي صحة الوصية. قال المصنف: وهو الأفقه والأرجح»[(٢)].

القول الثاني:

أن الوصية بمال للمسجد إن قال تصرف في مصالحه، صحت الوصية.

وإن قصد تمليك المسجد لم تصح. وهذا قول أبي يوسف ومذهب الشافعية والحنابلة[(٣)].

وإن أوصى للمسجد وأطلق.

فقيل: تصح، وهو مذهب الحنابلة، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية، .

وقال أبو يوسف: لا تصح الوصية؛ لأن مطلق قوله للمسجد يوجب التمليك من المسجد، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية[(٤)].

---

(١) الخرشي (٨/ ١٧٠).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٤٣).

(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ص٢/ ٣٩٧)، تحفة المحتاج (٧/ ١٣)، الوسيط (٤/ ٤٠٨)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٦)، نهاية المطلب في دارية المذهب (١١/ ٢٩٣-٢٩٤)، المبسوط (٢٨/ ٩٥).

(٤) البحر الرائق (٨/ ٤٧١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٦)، المبسوط (٢٨/ ٩٥)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣).

وإليك النصوص الشاهدة على صحة هذا التفصيل:

قال السرخسي: «ذا أوصى بشيء من ماله للمسجد، ذكر في نوادر هشام أن ذلك لا يجوز عند أبي يوسف إلا أن يبين، فيقول: لمرمة المسجد، أو لعمارته، أو لمصالحه؛ فإن مطلق قوله للمسجد يوجب التمليك من المسجد، كقوله لفلان، والمسجد ليس من أهل الملك»(١).

قال الغزالي: «لو قال: وقفت على المسجد، أو أوصيت للمسجد، وقال: أردت تمليك المسجد فباطل

وإن قال: أردت صرفه إلى مصلحته فصحيح

وإن أطلق: قال الشيخ أبو علي هو باطل؛ لأن المسجد لا يملك كالبهيمة، وهذا في المسجد بعيد؛ لأن العرف ينزل المطلق على صرف المنافع إلى مصلحته»(٢).

وقال النووي في الروضة: «أوصى لمسجد، وفسر بالصرف في عمارته ومصلحته، صحت الوصية. وإن أطلق، فهل تبطل كالوصية للدابة، أم تصح تنزيلا على الصرف في عمارته ومصلحته عملا بالعرف؟ وجهان: أصحهما: الثاني»(٣).

وقال ابن مفلح: لو أراد الموصي تمليك المسجد لم تصح، وإلا صحت(٤).

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٩٥).
(٢) الوسيط (٤/٤٠٨).
(٣) روضة الطالبين (٦/ ١٠٦).
(٤) المبدع (٦/ ٣٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٧)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٧٦).

فلم يبطل الوصية في المسجد إلا في حالة واحدة لو أراد الموصي تمليك المسجد، وصحح ما عداها، فيدخل فيه لو أوصى للمسجد، وأطلق.

و جاء في المبدع: «وإن وصى لكتب القرآن، أو العلم، أو المسجد، أو لفرس حبيس ينفق عليه صح؛ لأن ذلك قربة، فصح بذل المال فيه كالوصية للفقير، والموصى به للمسجد يصرف في مصالحه عملًا بالعرف . . . ولو أراد تمليك الفرس أو المسجد، لم يصح»[(١)].

❑ **الراجح:**

أرى أن الوصية للمسجد صحيحة، سواء صرح أنه أراد النفقة على عمارته وإصلاحه أو لم يصرح بذلك؛ لأن المسألة راجعة إلى أنه لا يشترط في الموصى له أن يكون من أهل التملك؛ لأنه إذا صحت الوصية على مصالح المسجد وعمارته، وهو ليس من أهل التملك دل هذا على أنه لا يشترط في الموصى له أن يكون من أهل التملك.

قال في بدائع الصنائع: «كونه من أهل الملك ليس بشرط، حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ينفق عليه في إصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز؛ لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله ﷻ بإخراج ماله إلى الله ﷻ، لا التمليك إلى أحد»[(٢)].

وقد صحح الحنفية الوقف على بيت المقدس، فلزم منه صحة الوقف على المسجد من غير فرق.

---

(١) المبدع (٦/ ٣٨).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

وقال في الفروع: «ولم يعتبر الحارثي أن يملك؛ لحصول معناه، فيصح لعبد، وبهيمة ينفق عليهما»[1].

فإذا أوصى ماله للمسجد صحت الوصية حتى لو أراد به تمليك المسجد، ولا مانع من اعتبار المسجد له شخصية اعتبارية كبيت مال المسلمين، فإن له ذمة مستقلة، ويملك، ويستدين، وهكذا سائر أوقاف المسلمين من المساجد والطرق ونحوها، والله أعلم.



(١) الفروع (٧/ ٣٣٥).



المبحث الثاني: الوصية للحيوان

الوصية للحيوان صحيحة بشرط أن يكون محترمًا.

[م-١٦٦٢] يدخل في اشتراط أن يكون الموصى له أهلًا للتملك الخلاف في الوصية للحيوان، وقد اختلف الفقهاء في الوصية له على قولين:

القول الأول:

لا تصح الوصية للحيوان إن أراد تمليكها.

وإن قال: تصرف في علفه صحت الوصية، وكانت الوصية لصاحبها، وهذا مذهب الجمهور.

وإن أطلق الوصية لم تصح الوصية عند الحنفية والشافعية مطلقًا.

وصحح الحنابلة الوصية لحيوان حبس للجهاد ما لم يرد تمليكه؛ لأنه جهة قربة، وإذا أوصى بماله لحيوان زيد صحت، ولو لم يقبله صاحبه، ويصرف في علفه، فإن مات فالباقي للورثة[1].

جاء في الفتاوى الهندية: «رجل قال: أوصيت بهذا التبن لدواب فلان كان باطلًا، ولو قال: يعلف به دواب فلان كان جائزًا . . .»[2].

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٤٧١)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٢٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٦٣)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٥، ١٠٦)، نهاية المطلب (١١/ ٢٩٠)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٦-٤٧)، المنثور في القواعد الفقهية (٣/ ١٥٢)، مغني المحتاج (٣/ ٤٢)، الإقناع (٣/ ٦٢)، كشاف القناع (٤/ ٣٦٥)، المبدع (٦/ ٤٦)، الإنصاف (٧/ ٢٤٦).

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ١٢٢).

وقريب من مذهب الحنفية مذهب الشافعية، وملخصه: أن الموصي إن قصد تمليك الدابة، أو أطلق فباطلة، وإن قال: تصرف في علفها صحت الوصية[١].

قال إمام الحرمين: «إذا أوصى لدابة زيد بشيء، فأول ما فيه أنا نستفصل الموصي في حياته، فنقول: ما الذي أردت بذلك؟

فإن قال: أردت بذلك تمليك الدابة، فتبطل وفاقًا؛ فإنه قصد بما أطلقه محالًا.

وإن قال: قصدت بذلك صرف الموصى به إلى حاجة الدابة في علفها وسقيها، قال الأصحاب: صحت الوصية على تفصيل نذكره.

وإن قال: لم أنو شيئا أصلًا، قال الشيخ: تبطل الوصية؛ فإن ظاهرها تمليك الدابة، فلم تصح.

فإذا نوى الصرف إلى العلف، كما قلناه أو صرح به، ومات الموصي، قال صاحب التلخيص: إن قبل مالك الدابة الوصية، ثبتت وإن ردها، بطلت، وردت؛ فإن هذه الوصية تتعلق به من حيث إنها تتعلق بمصلحة ملكه، ويستحيل أن نلزمه هذه الوصية حتى نتصرف في دابته بالعلف والسقي.

قال الشيخ: رأيت للشيخ أبي زيد أنه قال: تثبت الوصية، وإن لم يقبلها مالك الدابة؛ فإن الموصي قصد بذلك علف الدابة. وذلك حسبة، وفي كل ذات كبد حرى أجر»[٢].

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ٢٩٠)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٦-٤٧)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٥)، المنثور في القواعد الفقهية (٣/ ١٥٢)، مغني المحتاج (٣/ ٤٢).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٩٠).

وقال الزركشي: «ولو أوصى لدابة وقصد تمليكها بطل، أو ليصرف في علفها صح.

ومنها: لو قال الموصي: لم تكن لي إرادة بطلت، ويحلف على ذلك، قاله الإمام»[١].

وجاء في نهاية المحتاج: «وإن أوصى لدابة، وقصد تمليكها أو أطلق فباطلة؛ لأن مطلق اللفظ للتمليك وهي لا تملك . . . وإن قصد علفها، أو قال: ليصرف في علفها . . . فالمنقول صحتها؛ لأن مؤنتها على مالكها فهو المقصود بالوصية».

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول:

صحح الشافعية الوصية للمسجد إذا أطلق الوصية، ولم يقل: يصرف في عمارته ومصالحه، مع أن المسجد لا يملك، ولا مالك له، فكان القياس أن تصحح الوصية للدابة إذا أطلق الوصية لها، ولم يقل: أردت تمليك الدابة.

الوجه الثاني:

أن القول بأن المقصود هو مالك الدابة ينتقض مع القول بأنه يتعين صرف الوصية في مؤنة الدابة، ولو باعها انتقلت الوصية إلى المشتري، فهذا دليل على أن الوصية للدابة، وليست لصاحبها.

---

(١) المنثور في القواعد (٣/ ١٥٢).

قال في نهاية المحتاج: «يتعين صرفه - يعني المال الموصى به - في مؤنتها فلو باعها مالكها انتقلت الوصية للمشتري»[(١)].

نعم قال القفال من الشافعية: لا يتعين صرف الوصية في مؤنة الدابة، وله إمساكه، وينفق عليها من غيره[(٢)].

وأما النصوص في مذهب الحنابلة:

جاء في حاشية الروض: «ولا تصح لبهيمة إن قصد تمليكها؛ لأنه مستحيل، وتصح لنحو فرس حبيس، لأنه جهة قربة، ما لم يرد تمليكها، وينفق الموصى به للفرس الحبيس، لأنه مصلحته، وإن مات رد الموصى به له»[(٣)].

وجاء في الإنصاف: «قوله: ولا لبهيمة. إن وصى لفرس حبيس: صح إذا لم يقصد تمليكه كما صرح به المصنف قبل ذلك، وإن وصى لفرس زيد: صح، ولزم بدون قبول صاحبها. ويصرفها في علفه. ومراد المصنف هنا: تمليك البهيمة»[(٤)].

وفي الإقناع: «ولا تصح الوصية لكنيسة . . . ولا لمَلَك، ولا لميت، ولا لجني، ولا لبهيمة إن قصد تمليكها، وتصح لفرس حبيس ما لم يرد تمليكه، وينفق الموصى به إليه فإن مات الفرس رد الموصى به أو باقيه على الورثة، وإن شرد أو سرق ونحوه انتظر عوده، وإن أيس منه رد إلى الورثة»[(٥)].

---

(١) نهاية المحتاج (٦/ ٤٧).
(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٠٦).
(٣) حاشية الروض المربع (٦/ ٦١).
(٤) الإنصاف (٧/ ٢٤٦).
(٥) الإقناع (٣/ ٦٢).

ويناقش:

إذا كانت الوصية للحيوان لا تصح عندهم بنية تمليك الحيوان، فكأنهم أرادوا بالوصية صاحبها، فكيف لا يشترط قبوله، وهو المقصود بالوصية.

القول الثاني:

تصح الوصية للحيوان إذا كان فيه منفعة لآدمي، وهذا مذهب المالكية، وقول مرجوح في مذهب الحنابلة[١].

قال في منح الجليل: «لا تصح - يعني الوصية - لكافر بمصحف . . . ولا لبهيمة لا منفعة فيها لآدمي، ولا فرق فيمن يصح تملكه بين كونه عامًا كالمساكين، أو خاصًا كزيد، ولا بين من يملك حقيقة أو حكمًا، كمسجد، ورباط، وقنطرة، وخيل جهاد، ونعم محبس لنسله»[٢].

وقال في دليل الطالب: «صح الوصية لكل من يصح تمليكه، ولو مرتدًا أو حربيًا، أو لا يملك: كحمل، وبهيمة، ويصرف في علفها»[٣].

❑ الراجح:

أن الوصية للحيوان صحيحة مطلقًا بشرط أن يكون الحيوان محترمًا، والمقصود بالمحترم الحيوان الذي لم نؤمر بقتله، سواء كان فيه منفعة أو لا منفعة فيه، فإن في كل كبد رطبة أجر، وإذا قيل: هذا المال للحيوان فهذه

---

(١) دليل الطالب (ص١٩٨).

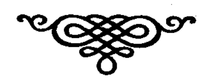
(٢) منح الجليل (٩/ ٥٠٥-٥٠٦).

(٣) دليل الطالب (ص١٩٨).

الإضافة لا يتصور أنها تعني التمليك، وهذه الجملة صحيحة لغة وعرفًا، وتعني اختصاص الحيوان بهذا الشيء، كما يقال: بيت الكلب، وسرج الدابة.

(ح-١٠٢٧) وقد روى الشيخان من طريق مالك، عن سمي، عن أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله عنه: **أن رسول الله ﷺ قال: بينا رجل يمشي، فاشتد عليه العطش، فنزل بئرًا، فشرب منها، ثم خرج فإذا هو بكلب يلهث يأكل الثرى من العطش، فقال: لقد بلغ هذا مثل الذي بلغ بي، فملأ خفه، ثم أمسكه بفيه، ثم رقي، فسقى الكلب، فشكر الله له، فغفر له، قالوا: يا رسول الله، وإن لنا في البهائم أجرًا؟ قال: في كل كبد رطبة أجر**[1].

(ح-١٠٢٨) ورواه الشيخان من طريق عن أيوب، عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة رضي الله عنه، **قال: قال النبي ﷺ: بينما كلب يطيف بركية، كاد يقتله العطش، إذ رأته بغي من بغايا بني إسرائيل، فنزعت موقها، فسقته، فغفر لها به**[2].



(١) صحيح البخاري (٢٣٦٣)، وصحيح مسلم (٢٢٤٤).

(٢) صحيح البخاري (٣٤٦٧)، وصحيح مسلم (٢٢٤٥).

المبحث الثالث: الوصية للميت

من لا تصح له الهبة لا تصح له الوصية.

[م-١٦٦٣] يدخل في اشتراط أن يكون الموصى له أهلًا للتملك الخلاف في الوصية للميت، وقد اختلف العلماء في الوصية له على قولين:

القول الأول:

ذهب الجمهور إلى أن الوصية للميت وصية باطلة مطلقًا[1].

❑ وجه القول بالبطلان:

الوجه الأول:

أن الوصية تمليك، والميت ليس من أهل التملك.

جاء في الهداية: «ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، فإذا عمرو ميت، فالثلث كله لزيد؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها»[2].

---

(١) الهداية (٤/ ٥٢٠)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٧٥)، تبيين الحقائق (٦/ ١٩٠)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٥٥)، البحر الرائق (٨/ ٤٨١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٦٣)، روضة الطالبين (٦/ ١١٦)، المهذب (١/ ٤٥١)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٣٠)، الإنصاف (٧/ ٢٤٦)، والفروع (٤/ ٦٨٣)، والإقناع (٣/ ٦٢)، والمبدع (٦/ ٤٦) ومطالب أولي النهى (٤/ ٤٨٤)، كشاف القناع (٤/ ٣٦٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٩).

(٢) الهداية (٤/ ٥٢٠).

قال العمراني: «ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميت لم تصح الوصية، سواء ظنه حيًا، أو علمه ميتًا. وبه قال أبو حنيفة»(١).

وقال النووي: «الوصية للميت باطلة سواء علم الموصي بموته، أم لا»(٢).

وقال الشيرازي: «ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميت لم تصح الوصية؛ لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة»(٣).

وفي الإقناع: «ولا تصح الوصية لكنيسة . . . ولا لمَلَك، ولا لميت»(٤).

الوجه الثاني:

قياس الوصية على الهبة، فإذا كانت الهبة لا تصح للميت، لم تصح له الوصية بجامع أن كليهما من عقود التبرع.

الوجه الثالث:

أن الوصية عقد يفتقر إلى القبول، وهو متعذر من الميت.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الموصي إن كان لا يعلم بموت الموصى له بطلت الوصية، وإن كان يعلم حين أوصى له أنه ميت صحت الوصية، وصرفت في قضاء دينه، وتجهيزه؛ لأنه مقصود الموصي، فإن لم يكن عليه دين صرفت

---

(١) البيان للعمراني (٨/ ١٦٣).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ١١٦).

(٣) المهذب (١/ ٤٥١).

(٤) الإقناع (٣/ ٦٢).

لورثته، فإن لم يكن له وارث بطلت، ولا تعطى لبيت المال بناء على أن بيت المال حائز.

وقال الشيخ سالم: تدفع لبيت المال بناء على أنه وارث[١].

قال ابن شاس: «وكذلك الوصية للميت، إذا أوصى له بعد العلم بموته فإنه تصح له، فإن كان عليه دين صرفت الوصية فيه، وكذلك إن كانت عليه كفارات، أو زكوات فقد وجبت، فإن لم يكن شيء من ذلك كانت لورثته؛ لأن هذا قصد الموصي بها»[٢].

قال الخرشي: «تصح الوصية للميت إن علم الموصي بموته، ويصرف المال الموصى به في دينه، إن كان على الميت دين، وإلا فهو لوارثه، فإن لم يعلم بموته، فإنها لا تصح؛ إذ الميت لا يصح تملكه، فقوله: (ولميت) أي وصحت الوصية لكل من تقدم ممن يصح تمليكه، ولميت وظاهره سواء علم الموصي أن على الموصى له دينًا، أو له وارث، أو لا، وهو ظاهر، وبيت المال وارث شرعي فيدفع له حيث لم يكن له وارث، ولا عليه دين»[٣].

وعلق العدوي في حاشيته على كلام الخرشي، قائلًا: «(قوله وبيت المال وارث شرعي إلخ) كذا قال الشيخ سالم.

وقال علي الأجهوري: فإن لم يكن له وارث خاص، بل بيت المال بطلت، كما إذا لم يعلم بموته.

---

(١) التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٨٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٦)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٢٤)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢١٧)، منح الجليل (٩/ ٥١١).

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢١٧)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٥).

(٣) شرح الخرشي (٨/ ١٧٠).

أقول - القائل العدوي - وكلام علي الأجهوري ظاهر حيث كان بيت المال غير منتظم؛ لأن الراجح أن بيت المال إذا لم يكن منتظما لا يرث»[١].

❑ الراجح:

أن الموصي إذا أوصى لميت، هو يعلم أنه ميت فإن الوصية صحيحة؛ لأنه لم يرد تمليكه، وإنما أراد أن تصرف في الحقوق الواجبة عليه من دين وزكاة وكفارات، والقيام بتجهيزه، وما بقي من ذلك صرف لورثته كما أن الوصية على المساجد والقناطر والدواب تصرف في مصالحها، فإن كان لا يعلم أنه ميت بطلت الوصية؛ لأن الظاهر أنه أراد تمليكه، وذمته خربت بموته، والله أعلم.



(١) حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١٧٠).

الشرط الثاني
أن يكون الموصى له موجودًا

[م-١٦٦٤] هل يشترط أن يكون الموصى له موجودًا حين الوصية، أو تصح الوصية للمعدوم حين الوصية على رجاء أن يوجد في المستقبل؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا تصح الوصية للمعدوم في الجملة، وهذا مذهب الحنفية والأصح في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

واستثنى الحنفية إذا كان الموصى له غير معين، فإنه يدخل الموصى له وإن لم يكن موجودًا وقت الوصية إذا وجد عند موت الموصي.

وصحح الشافعية الوصية للمعدوم إذا كان تبعًا للموجود.

وفي دخول المتجدد بعد الوصية، وقبل موت الموصي عند الحنابلة روايتان[1].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٧٣)، تحفة المحتاج (٧/ ٦)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٣)، حاشية الجمل (٤/ ٤٢)، القواعد الفقهية لابن رجب (ص٢٣٩)، الإنصاف (٧/ ٢٣١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٥٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٧١).

وساق في تصحيح الفروع (٤/ ٦٠٦) الروايتين فيما إذا وقف على ولد غيره هل يدخل ولد بنيه الموجودين ومن سيوجد فذكر أن الصحيح من المذهب دخولهم، ثم قال (٤/ ٦٠٧): حكم ما إذا أوصى لولد غيره في دخول ولد بنيه الموجودين ومن سيوجد بعد الوصية، وقبل موت الموصي حكم ما تقدم في التي قبلها خلافًا ومذهبًا.

جاء في تبيين الحقائق: «إذا أوصى لأولاد فلان، وله أولاد، وولد له بعد ذلك أولاد دخل الكل في الوصية»(١).

وجاء في تكملة رد المحتار نقلًا من التاترخانية: «الموصى له إذا كان معينًا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب يوم أوصى. ومتى كان غير معين يعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصي. فلو أوصى بالثلث لبني فلان، ولم يسمهم، ولم يشر إليهم فهي للموجودين عند موت الموصي، وإن سماهم أو أشار إليهم فالوصية لهم، حتى لو ماتوا بطلت الوصية؛ لأن الموصى له معين، فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية اهـ ملخصا»(٢).

وجاء في نهاية المحتاج للرملي: « . . . نعم يقاس ما مر في الوقف أنه لو جعل المعدوم تبعًا للموجود كأن أوصى لأولاد زيد الموجودين ومن سيحدث له من الأولاد صحت تبعًا لهم»(٣).

---

(١) تبيين الحقائق (٣/ ٩٢)،

(٢) قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار (٧/ ٢٢٨، ٢٥٤-٢٥٥).

وقريب من هذا ما نقله ابن رجب في القواعد (ص٢٤٠)، قال: «والمنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان: فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا، فسكنها قوم بعد موت الموصي، قال: إنما كانت الوصية للذين كانوا، ثم قال: ما أدري كيف هذا؟

قيل له: فيشبه هذا الكورة؟ قال: لا، الكورة، وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى، ينزل قوم ويخرج قوم، يقسم بينهم.

ففرق بين الكورة والسكة؛ لأن الكورة لا يلحظ الموصي فيها قومًا معينين لعدم انحصار أهلها، وإنما المراد تفريق الوصية الموصى بها، فيستحق المتجدد فيها، بخلاف السكة فإنه قد يلحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم».

(٣) نهاية المحتاج (٦/ ٤٣).

قال في حاشية الجمل: وهذا هو المعتمد[١].

وقال ابن رجب: «وأما حكم الوصية فإنها لا تصح لمعدوم بالأصالة، كمن أوصى لحمل هذه الجارية صرح به القاضي وابن عقيل، وفي دخول المتجدد بعد الوصية، وقبل موت الموصي روايتان»[٢].

❑ وجه القول بعدم صحة الوصية للمعدوم:

الوجه الأول:

أن الوصية تمليك، وتمليك المعدوم ممتنع.

ونوقش هذا:

بأنه استدلال بمحل النزاع، إذ التمليك في الوصية متراخ، وليس في الحال، بدليل صحتها للحمل، وملكه لها معلق على ولادته حيًا، فكذلك الموصى له وإن كان معدومًا وقت الوصية إلا أن تمليكه الموصى به معلق على وجوده، وهو يملك عند وجوده، فصحت الوصية له.

الوجه الثاني:

قياس الوصية على الميراث، فالميراث لا يثبت إلا لمن كان موجودًا وقت موت المورث، فكذلك الوصية.

ونوقش هذا:

بأن القياس غير صحيح لوجود الفرق بين الملك بالميراث والملك بالوصية،

---

(١) حاشية الجمل (٤/ ٤٢).

(٢) القواعد الفقهية (ص٢٣٩).

منها: أن الميراث يملك قهرًا بدون اختيار، والوصية لا تملك إلا بقبول الموصى له، ويتفرع على هذا أن الوصية من باب التبرعات فيتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها، وليس الميراث كذلك فليس لأحد إسقاطه، والملك بالوصية أوسع من الملك بالميراث، فتصح الوصية للذمي، ولمن لا يملك كالمسجد بخلاف الميراث.

القول الثاني:

أن الوصية للمعدوم صحيحة، وبه قالت المالكية، والشافعية في مقابل الأصح، وقول في مذهب الحنابلة، اختاره ابن تيمية(١).

قال الخرشي: «الركن الثاني: وهو الموصى له، وشرطه أن يكون يصح تملكه للموصى به شرعًا، سواء كان بالغًا عاقلًا مسلمًا موجودًا أم لا»(٢).

وجاء في حاشية الدسوقي: «إذا قال أوصيت لمن سيكون من ولد فلان، فيكون لمن يولد له، سواء كان موجودًا بأن كان حملًا، أو كان غير موجود من أصله، فيؤخر الموصى به للحمل والوضع، أو للوضع، فإذا وضع واستهل أخذ ذلك الشيء الموصى به، ومثله: أوصيت لمن يولد لفلان، فيكون لمن يولد له، لا لولده الموجود بالفعل، سواء علم أن له حين الوصية ولدًا أم لا، وحيث تعلقت الوصية بمن يولد في المستقبل كما في المثالين المذكورين، فإن كان حملًا فإنه يؤخر الموصى به لوضعه، فإن وضع واستهل أخذه، وإلا رد لورثة

---

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٤٢٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٨/ ١٦٨)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٣/ ١٢١٦)، مغني المحتاج (٣/ ٤٠)، أسنى المطالب (٣/ ٣٠)، الإنصاف (٧/ ٢٣١).

(٢) شرح الخرشي (٨/ ١٦٨).

الموصي، وإن كان غير موجود من أصله انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ثم بعده ترد لورثة الموصي»[١].

وقال العمراني: «وإن وصى لما تحمل هذه المرأة، ففيه وجهان:

أحدهما: قال أبو إسحاق: تصح الوصية له وإن كان معدومًا حال الوصية، فعلى هذا: إذا حملت بعد الوصية له صحت الوصية»[٢].

وسوف أبحث الوصية للحمل في مسألة مستقلة إن شاء الله تعالى

وجاء في مجموع الفتاوى: «وسئل: عن رجل له زرع ونخل، فقال عند موته لأهله: أنفقوا من ثلثي على الفقراء والمساكين إلى أن يولد لولدي ولد، فيكون لهم. فهل تصح هذه الوصية أم لا؟

فأجاب: نعم تصح هذه الوصية؛ فإن الوصية لولد الولد الذين لا يرثون جائزة، كما وصى الزبير بن العوام لولد عبد الله بن الزبير، والوصية تصح للمعدوم بالمعدوم، فيكون الريع للفقراء إلى أن يحدث ولد الولد فيكون لهم. والله أعلم»[٣].

❑ دليل من قال: تصح الوصية للمعدوم:

الدليل الأول:

قياس الوصية على الوقف، فإذا صح الوقف على من سيولد من آل فلان، وهو معدوم، صحت الوصية للمعدوم.

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٣).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٦٥).

(٣) مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٠٩).

ونوقش هذا من وجهين:

الوجه الأول:

أن الوصية أجريت مجرى الميراث، والميراث لا يثبت إلا لمن كان موجودًا عند وفاة الموصي.

ورد هذا:

بأن الوصية أوسع من الميراث، لصحة الوصية للذمي، ولمن لا يعقل كالمساجد والقناطر، والحيوان ونحوها، ولا ميراث لهذه الأشياء.

الوجه الثاني:

أن الوقف يراد للدوام؛ لأنه قائم على تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، فصح للموجود والمعدوم، بخلاف الوصية[١].

ويجاب:

لا يمنع أن يراد بالوصية الدوام، وإن كان ذلك ليس شرطًا في صحة الوصية.

الدليل الثاني:

أن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، فالملك فيها متراخ فلا مانع من صحة الوصية للموجود ولمن سيوجد، بخلاف الهبة فإنها تمليك للحال، فلم تصح للمعدوم.

الدليل الثالث:

أن الشارع اعتبر المعدوم كالموجود في بعض الأحكام، فيلحق بها الوصية،

---

(١) انظر تحفة المحتاج (٧/ ٦)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٣).

من ذلك: دية القتيل تورث عنه، وهي لا تجب له إلا بموته، فالتركة لا تورث عن الإنسان إلا إذا دخلت في ملكه قبل موته، فيقدر دخولها قبل موته.

ومنها أن الجنين تنفخ فيه الروح بعد ستة أسابيع على حديث جابر في مسلم، أو بعد ستة عشر أسبوعًا على حديث ابن مسعود في الصحيحين، وقبل ذلك لا توجد فيه روح، ومع ذلك يعتبر الجنين بحكم الحي في الوصية له، والوقف عليه ولو كان نطفة إذا انفصل حيًا، وإن كان حين الوصية له والوقف عليه لا يوصف بالحياة البشرية، أو أن حياته كحياة النبات؛ لعدم نفخ الروح فيه.

❑ **الراجح:**

بعد ذكر الخلاف أرى صحة الوصية للمعدوم إذا كان يغلب على الظن وجوده.





المبحث الرابع: الوصية للحمل

[م-١٦٦٥] الوصية للحمل إما أن يكون الحمل موجودًا وقت الوصية، فالبحث فيه يدخل تحت مسألة: اشتراط أن يكون الموصى له أهلًا للتملك.

وإما أن يكون الحمل غير موجود وقت الوصية، فالبحث فيه يدخل تحت مسألة: الوصية للمعدوم.

فإن كان الحمل موجودًا وقت الوصية صحت الوصية له بالاتفاق بشرط أن ينفصل الحمل حيًا، وعلامته عند الجمهور أن يستهل صارخًا.

وعند الحنفية أن يولد أكثره حيًا.

فإن انفصل ميتًا لم تصح الوصية عند الأئمة الأربعة؛ لأن الوصية للميت لا تصح، كما أنه لو ولد ميتًا لم يستحق الميراث.

□ الدليل على صحة الوصية للحمل الموجود:

الدليل الأول:

الإجماع، قال ابن قدامة: «وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضًا، لا نعلم فيه خلافًا»[١].

الدليل الثاني:

أن الحمل يملك بالإرث، والوصية كالميراث إن لم تكن أوسع فالوصية للذمي صحيحة بخلاف الإرث[٢].

---

(١) المغني (٦/ ٩٠).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٢١٥)،

قال ابن قدامة: «الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١١]»[(١)].

فإن كان الحمل غير موجود وقت الوصية فقد وقع خلاف في صحة الوصية له على قولين:

القول الأول:

تصح له الوصية، ولو لم يكن موجودًا حين الوصية، ويستحق الوصية إذا ولد حيًا، واستهل صارخًا، ويقوم مقام الاستهلال كثرة رضعه ونحوه مما يدل على تحقق حياته.

وهذا مذهب المالكية، وقول مرجوح في مذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة، اختاره ابن تيمية[(٢)].

جاء في الشرح الصغير: «إذا قال: أوصيت لمن سيكون من ولد فلان، فيكون لمن يولد له، سواء كان موجودًا بأن كان حملًا حين الوصية، أو غير موجود»[(٣)].

---

(١) المغني (٦/ ٩٠).

(٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٤٢٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٨/ ١٦٨)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٣/ ١٢١٦)، مغني المحتاج (٣/ ٤٠)، أسنى المطالب (٣/ ٣٠)، الإنصاف (٧/ ٢٣١).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨١).

وقال الخرشي: «يصح لحمل سيكون في المستقبل، ويستحق الوصية إن استهل صارخًا»[١].

وجاء في مجموع الفتاوى: «وسئل: عن رجل له زرع ونخل، فقال عند موته لأهله: أنفقوا من ثلثي على الفقراء والمساكين إلى أن يولد لولدي ولد، فيكون لهم. فهل تصح هذه الوصية أم لا؟

فأجاب: نعم تصح هذه الوصية؛ فإن الوصية لولد الولد الذين لا يرثون جائزة، كما وصى الزبير بن العوام لولد عبد الله بن الزبير، والوصية تصح للمعدوم بالمعدوم، فيكون الريع للفقراء إلى أن يحدث ولد الولد فيكون لهم. والله أعلم»[٢].

❑ دليل من قال: تصح الوصية للولد ولو لم يكن موجودًا:

الدليل الأول:

أن الوصية كالوقف، فإذا صح الوقف على من سيولد من آل فلان، صحت الوصية كذلك.

الدليل الثاني:

أن المعتبر في الوصية ليس وقت إيجاب الوصية؛ فلو قال: أوصيت بثلث مالي، وليس له مال، ثم استفاد مالًا صحت الوصية.

ولو أوصى لأخيه، وكان أخوه وقت إنشاء الوصية وارثًا، ثم ولد ذكر صحت الوصية لأخيه؛ ولم يعتبر في الصحة وقت إيجاب الوصية.

---

(١) شرح الخرشي (٨/ ١٦٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٠٩).

القول الثاني:

يشترط أن يكون الحمل موجودًا حين الوصية، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة على خلاف بينهم في كيفة التحقق من وجود الحمل وقت إنشاء الوصية[١].

❑ وجه القول بعدم الصحة:

أن الوصية تمليك، وتمليك المعدوم لا يصح.

وكيفية التحقق من وجود الحمل يرجع إلى وقت ولادته على النحو التالي:

(١) أن يولد حيًا لأقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية؛ سواء كانت فراشًا لزوج أو سيد أو بائنًا؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإذا وضعته حيًا لأقل منها، وعاش لزم أن يكون موجودًا حين الوصية.

(٢) أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر من حين الوصية، ولم تتجاوز به أكثر مدة الحمل: فإن كانت فراشًا لزوج أو سيد لم تصح الوصية؛ لاحتمال أن تكون حملت به بعد الوصية.

وإن لم تكن ذات زوج أو سيد صحت الوصية؛ إذا لم تتجاوز أكثر مدة الحمل من حين الوفاة أو الفرقة؛ لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية، ولثبوت نسبه من أبيه إذا جاءت به في تلك المدة.

---

(١) اللباب في شرح الكتاب (٤/ ١٨٢)، المبسوط (٢٨/ ٨٦)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٣)، فتح القدير (١٠/ ٤٣٢)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٦)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٠)، الحاوي الكبير (٨/ ٢١٥)، نهاية المطلب (١١/ ١١٤)، المهذب (١/ ٤٥١)، فتاوى الرملي (٣/ ١٢٨)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٣٨)، المغني (٦/ ٩٠)، الإنصاف (٧/ ٢٢٩)، كشاف القناع (٤/ ٣٥٦).

(٣) أن تأتي به حيًا بعد أن تجاوزت أكثر مدة الحمل من الوفاة أو الفرقة فالوصية باطلة؛ لأننا نقطع أن الحمل لم يكن موجودًا حين الوصية.

إلا أن هؤلاء الفقهاء قد اختلفوا في أكثر مدة الحمل:

فالحنفية أكثر مدة الحمل سنتان، فإن جاءت به لأقل من سنتين من الوفاة أو الفرقة صحت له الوصية، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من الوفاة أو الفرقة لم تصح الوصية؛ لأنه حينئذ لم يكن موجودًا عند الوصية.

وأما الحنابلة والشافعية فأكثر مدة الحمل عندهم أربع سنوات، فإن ولدته لأقل من أربع سنين من الوفاة والفرقة صحت له الوصية، وإن ولدته لأكثر من أربع سنين من الوفاة أو الفرقة لم تصح له الوصية؛ لأن الحمل لم يكن موجودًا عند الوصية.

واستثنى الحنفية أن يقر الموصي بوجود الحمل فإن الوصية تصح له إذا جاءت به لأقل من سنتين من حين أوصى، حتى ولو كانت ذات زوج أو سيد؛ لأن وجوده في البطن عند الوصية ثبت بإقرار الموصي، وهو غير متهم فيه؛ لأنه موجب له ما هو خالص حقه، فيلحق بما لو صار معلومًا يقينًا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر.

قال في الحاوي الكبير: «إن وضعته لأقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صحت له الوصية لعلمنا أن الحمل كان موجودًا وقت الوصية.

وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية فالوصية باطلة؛ لحدوثه بعدها، وأنه لم يكن موجودًا وقت تكلمه بها.

وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، ولأقل من أربع سنين، فإن كانت ذات زوج أو سيد يمكن أن يطأها فيحدث ذلك منه: فالوصية باطلة؛ لإمكان حدوثه، فلم يستحق بالشك.

وإن كانت غير ذات زوج أو سيد يطأ، فالوصية صحيحة؛ لأن الظاهر تقدمه، والحمل يجري عليه حكم الظاهر في اللحوق فكذلك في الوصية»[١].

وقال ابن قدامة: «إن كانت المرأة فراشًا لزوج، أو سيد يطؤها، فأتت به لستة أشهر فما دون، علمنا وجوده حين الوصية، وإن أتت به لأكثر منها، لم تصح الوصية له؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية.

وإن كانت بائنًا، فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية، لم تصح الوصية له، وإن أتت به لأقل من ذلك، صحت الوصية له؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر، ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة. وهذا مذهب الشافعي»[٢].

❑ الراجح:

صحة الوصية للحمل مطلقًا، سواء كان موجودًا وقت الوصية، أو وجد بعد ذلك، ولا يوجد دليل على اشتراط وجود الموصى له وقت إيجاب الوصية، والله أعلم.

وإذا صححنا الوصية للحمل فإنه يستحق الوصية بغض النظر عن جنسه وعدده.

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٢١٥).

(٢) المغني (٦/ ٩١).

قال العمراني: «وكل موضع صححنا الوصية فيه للحمل: فإن ولدت ذكرًا أو أنثى أعطي ذلك كله. وإن ولدت ذكرين، أو أنثيين، أو ذكرا وأنثى صرف إليهما بالسوية؛ لأنها عطية فلم يفضل الذكر فيها على الأنثى، كما لو وهب لهما. وهكذا: إن ولدت ذكرًا وأنثى وخنثى صرفت اليهم أثلاثًا»[١].



(١) البيان للعمراني (٨/ ١٦٥).



الشرط الثالث
أن يكون الموصى له معلوما

[م-١٦٦٦] يشترط في الموصى له أن يكون معلومًا غير مجهول، وعليه فلا تصح الوصية إذا قال: أوصيت لرجل من الناس؛ لأن تنفيذها متعذر مع جهالة الموصى له.

والعلم به بالموصى له يكون إما بالتعيين بذكر اسمه كزيد، أو بالإشارة إليه كهذا الرجل، وإما بالوصف كالفقراء وطلبة العلم، ونحو ذلك.

وهذا الشرط محل وفاق بين الفقهاء في الجملة وإن اختلفوا في بعض المسائل، هل هي من الوصية بمعلوم أو لا؟

من ذلك: اختلف العلماء في الرجل يوصي بثلث ماله لأحد هذين الرجلين على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الوصية باطلة، وهذا قول أبي حنيفة، وزفر، وهو مذهب المالكية، والشافعية والحنابلة[1].

جاء في كشاف القناع: «أو قال: أوصيت بكذا لجاري فلان أو لقريبي فلان

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٦)، مغني المحتاج (٣/ ٤٠)، تحفة المحتاج (٧/ ٦)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٣)، الإقناع (٣/ ٥٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٧١)، كشاف القناع (٤/ ٣٥٧).

باسم مشترك؛ لأن تعيين الموصى له شرط، فإذا قال: لأحد هذين فقد أبهم الموصى له»[١].

❑ وجه القول بالبطلان:

أن الوصية تمليك، والمجهول لا يمكن تمليكه.

القول الثاني:

أن الوصية صحيحة، وتكون لهما، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية.

❑ وجه قول أبي يوسف:

«لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، كمن أعتق أحد عبديه، ثم مات قبل البيان أن العتق يشيع فيهما جميعًا، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية»[٢].

القول الثالث:

أن الوصية صحيحة، وللورثة تعيين أحدهما. وبه قال محمد بن الحسن.

❑ توجيه هذا القول:

«أن الإيجاب وقع صحيحًا؛ لأن أحدهما وإن كان مجهولًا، لكن هذه جهالة تمكن إزالتها ألا ترى أن الموصي لو عين أحدهما حال حياته لتعين، ثم إن محمدًا يقول: لما مات عجز عن التعيين بنفسه، فيقوم وارثه مقامه في التعيين»[٣].

---

(١) كشاف القناع (٤/ ٣٥٧).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٢).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٢).

جاء في حاشية ابن عابدين: «قال: أوصيت بثلثي لفلان أو فلان بطلت عند أبي حنيفة، لجهالة الموصى له.

وعند أبي يوسف لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث، وعند محمد يخير الورثة فأيهما شاؤوا أعطوا»[١].

❏ الراجح:

لا أرى أي قول من هذه الأقوال صحيحًا، فالقول بإبطال الوصية وإن كان أقواها إلا أن الجهالة في عقد التبرع مغتفر على الصحيح.

ومن قال: إن الوصية لهما فهذا خلاف إرادة الموصي؛ لأنه قال: لأحدهما.

ومن قال: التعيين للورثة فهذا ضعيف أيضًا؛ لأن الوصية لم يتلقها الموصى له من جهتهم، فأقرب الأقوال عندي لو قيل: يقرع بينهما، فالتعيين بالقرعة إذا تزاحمت الحقوق، ولم يكن هناك سبب لتفضيل أحدهما على الآخر، أمر مشروع.

قال تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١].

وقال تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

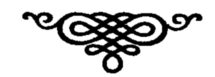
(ح-١٠٢٩) ومن السنة ما رواه مسلم من حديث عمران بن حصين أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له عند موته، ولم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٦)،

(٢) صحيح مسلم (١٦٦٨).

وكان النبي ﷺ إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه[1].



(١) صحيح البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٢٧٧٠).

الشرط الرابع
ألا يكون الموصى له وارثا عند موت الموصي

[م-١٦٦٧] اتفق العلماء على أنه لا وصية للوارث إذا كان هناك وارث آخر.

قال الإمام الشافعي: «وما وصفت - من أن الوصية للوارث منسوخة بآي المواريث، وأن لا وصية لوارث - مما لم أعرف فيه عن أحد: ممن لقيت، خلافًا»(١).

[م-١٦٦٨] كما اتفقوا على أن الوارث إذا أوصى لبعض الورثة، فرد الورثة الوصية أنها ترتد بذلك.

[م-١٦٦٩] واختلفوا فيما إذا أجاز الورثة الوصية للوارث، هل تصح؟ وإذا أجيزت، هل يكون لها حكم الوصية، أو تكون هبة من الورثة يشترط فيها ما يشترط في الهبة؟

القول الأول:

أن الوصية للوارث صحيحة، وتكون موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها صحت، ويكون ذلك تنفيذًا لما أوصى به الميت، وحكمها حكم وصية الميت، وإن لم يجيزوها بطلت.

وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية، والشافعية في الأظهر، والمشهور من مذهب الحنابلة، وأحد القولين في مذهب المالكية(٢).

---

(١) الأم (٤/ ٩٩).

(٢) أحكام القرآن للجصاص ط دار الكتب العلمية (١/ ٢٠٥)، تنقيح الفتاوى الحامدية =

قال الجصاص: «الورثة متى أجازت الوصية لم يكن ذلك هبة مستأنفة من جهتهم، فتحمل على أحكام الهبات في شرط القبض، والتسليم، ونفي الشيوع فيما يقسم، والرجوع فيها، بل تكون محمولة على أحكام الوصايا الجائزة دون الهبات من قبل مجيزيها من الورثة»[(١)].

وجاء في الإقناع: «وإجازتهم - يعني الوصية للوارث - تنفيذ لا هبة: فلا تفتقر إلى شروطها من الإيجاب، والقبول، والقبض، ونحوه، ولا تثبت أحكامها، فلو كان المجيز أبا للمجاز له لم يكن له الرجوع، ولا يحنث بها من حلف لا يهب، ولا يعتبر أن يكون المجاز معلومًا، ولو كان المجاز عتقًا كان الولاء للموصي، تختص به عصبته . . . ولو قبل الموصى له الوصية المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة، ثم أجيزت فالملك ثابت له من حين قبوله»[(٢)].

☐ واستدلوا على ذلك بأدلة، منها:

الدليل الأول:

(ح-١٠٣٠) روى أبو داود في المراسيل من طريق حجاج، عن ابن جريج،

= (٢/ ٢٨٦)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، المبسوط (٢٧/ ١٤٧، ١٧٥) و(٢٨/ ١١) و(٢٩/ ٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٨)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٧٩)، الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٧/ ٢٦٧) التمهيد (٨/ ٣٨١)، منح الجليل (٩/ ٥١٣)، الأم (٤/ ١١٠)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٨)، أسنى المطالب (٣/ ٣٣)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٦٠)، حاشية الجمل (٤/ ٤٤)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٩)، معالم السنن (٤/ ٨٥)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠)، نهاية المطلب (١١/ ٩٥)، مختصر الخرقي (ص٨٣)، المغني (٦/ ٥٨)، المحرر (١/ ٣٧٦)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، الإقناع (٣/ ٥٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٤١).

(١) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٠٥).

(٢) الإقناع (٣/ ٥٠).

عن عطاء الخرساني، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة.

قال أبو داود: عطاء الخرساني: لم يدرك ابن عباس ولم يره.

قلت: وقد رواه طاوس وجابر بن زيد عن ابن عباس دون ذكر هذا الاستثناء(١).

---

(١) المراسيل لأبي داود (٣٤٩)، وقد اختلف على ابن عباس في ذكر قوله (إلا أن يشاء الورثة) ذكر هذه الزيادة عطاء الخرساني عن ابن عباس، ورواه طاوس وجابر بن زيد بدون ذكرها، وإليك تفصيل هذه الطرق:

حديث ابن عباس رضي الله عنهما، روي من ثلاثة طرق:

الطريق الأول: عن عطاء الخرساني، عن ابن عباس، وعطاء لم يدرك ابن عباس.

وقد اختلف على عطاء:

فرواه ابن جريج وعثمان بن عطاء، عن عطاء الخرساني، عن ابن عباس مرفوعًا.

رواه القاسم بن سلام كما في الناسخ والمنسوخ (٢٣٣) عن حجاج - يعني المصيصي - عن ابن جريج، وعثمان بن عطاء، عن عطاء الخرساني، عن ابن عباس وفيه: لا تجوز وصية لوارث إلا أن ترضى الورثة.

ورواه أبو داود في المراسيل (٣٤٩) حدثنا أبو معمر إسماعيل بن إبراهيم.

والدارقطني (٤/ ١٥٢) ومن طريقه البيهقي (٦/ ٤٣١) من طريق يوسف بن سعيد.

وابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ٢٩٩) من طريق أبي معمر القطيعي، ثلاثتهم، عن حجاج، عن ابن جريج وحده، عن عطاء به.

وخالف يونس بن راشد كلًا من ابن جريج وعثمان بن عطاء، فأخرجه الطبراني في مسند الشاميين (٢٤١٠)، والدارقطني في سننه (٤/ ٩٨) والبيهقي (٦/ ٤٣١) عن أبي علاثة محمد بن عمرو بن خالد، أخبرنا أبي، أخبرنا يونس بن راشد، عن عطاء الخرساني، عن عكرمة، عن ابن عباس.

وأبو علاثة: مجهول الحال. وضعفه البيهقي بعطاء الخرساني، قال: عطاء الخرساني غير قوي. =

الدليل الثاني:

(ح-١٠٣١) روى الدارقطني من طريق سهل بن عمار، أخبرنا الحسين بن

= قال ابن عبد البر كما في الاستذكار: هذا الحديث لا يصح عندهم مسندًا، وإنما هو من قول ابن عباس، كذلك رواية الثقات له عن ابن جريج، وإنما رفعه أبو معمر القطيعي، ولا يصح رفعه. الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٧/ ٢٦٧).

قلت: لم ينفرد أبو معمر في رفعه، فقد رواه ثلاثة معه، منهم القاسم بن سلام، ويوسف بن سعيد، وإسماعيل ابن إبراهيم.

الطريق الثاني: طاوس، عن ابن عباس.

أخرجه ابن عدي في الكامل (٥/ ٤٢٣)، والدارقطني (٤/ ٩٨) من طريق عبد الله بن محمد بن ربيعة، عن محمد بن مسلم الطائفي، عن ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: لا وصية لوارث.

ولم يذكر فيه (إلا أن يجيز الورثة). قال ابن عدي: وهذا حديث غريب من هذا الطريق، لا أعلم رواه غير القدامي، ولم أكتبه إلا عن إسحاق الكوفي هذا. اهـ

قلت: هذا الأثر علته: عبد الله بن محمد بن ربيعة، قال ابن حجر في اللسان (٤٧٨٨): قد ضعفه الدارقطني في «غرائب مالك» في مواضع بعبارات مختلفة، مرة قال ضعيف، ومرة قال غيره أثبت منه، وقال في موضع منها حدثني أبو بكر بن أحمد بن جعفر الخداش المصري، حدثنا أحمد بن محمد بن الحجاج بن رشدين، حدثنا محمد بن الوليد بن أبان، حدثنا عبد الله بن محمد بن ربيعة القدامي ثقة مأمون صدوق، عن مالك، فذكر حديثًا، كذا قال، وأظن واصفه بذلك ابن رشدين، وهو ضعيف أيضًا، وقال الدارقطني: عقب الحديث المذكور لم يروه عن مالك غير القدامي، وهو ضعيف. اهـ

ومع ضعفه فليس فيه الاسثناء (إلا أن يجيز الورثة).

الطريق الثالث: عن جابر بن زيد، عن ابن عباس.

أخرجه الربيع بن حبيب في مسنده (٦٧٦، ٦٦٧) عن أبي عبيدة، عن جابر، عن ابن عباس، عنه ﷺ، قال: لا وصية لوارث.

وهذا سند ضعيف، أبو عبيدة: مسلم بن أبي كريمة، مجهول، وليس فيه (إلا أن يجيز الورثة).

الوليد، أخبرنا حماد بن سلمة، عن حبيب بن الشهيد، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، **أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر: لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة.**

[وسهل بن عمار متروك، وقد روي بإسناد أحسن من هذا دون هذه الزيادة][١].

الدليل الثالث:

(ح-١٠٣٢) وروى الدارقطني من طريق إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن عمرو بن خارجة، **قال: قال رسول الله ﷺ: لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة**[٢].

[ضعيف، تفرد فيه إسماعيل بن مسلم المكي، وقد رواه عبد الرحمن بن غنم

---

(١) حديث عبد الله بن عمرو رواه حماد بن سلمة واختلف عليه فيه:
فرواه الدارقطني (٤/ ٩٨) من طريق سهل بن عمار، أخبرنا الحسين بن الوليد، أخبرنا حماد بن سلمة، عن حبيب بن الشهيد، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر: **لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة.**
وهذا إسناد ضعيف جدًا فيه سهل بن عمار، وهو متروك.
ورواه عبد الأعلى بن حماد كما في الكامل لابن عدي (٣/ ٣٢٢) عن حماد بن سلمة، عن حبيب، فقال: المعلم، عن عمرو بن شعيب به، بلفظ: لا تجوز وصية لوارث، والولد للفراش، وللعاهر الحجر.
وهذا إسناد قوي، وليس فيه (إلا أن يشاء الورثة).
ونسبة حبيب إلى ابن الشهيد منكر، لأنه من رواية سهل بن عمار، وهو متروك، والحمل عليه.

(٢) سنن الدارقطني (٤/ ١٥٢).

وغيره عن عمرو بن خارجة، وليس فيه زيادة: إلا أن يجيز الورثة][1].

---

(١) حديث عمرو بن خارجه، روي عنه من طرق منها:
الطريق الأول: الحسن، عن عمرو بن خارجة.
أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٢) والبيهقي في السنن (٦/ ٤٣٣) من طريق إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن عمرو بن خارجة، قال: قال رسول الله ﷺ: **لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة**.
وهذا إسناد ضعيف، تفرد فيه إسماعيل بن مسلم المكي، وهو ضعيف.
الطريق الثاني: عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة، وليس فيه الاستثناء (إلا أن يشاء الورثة) وله علتان:
الأولى: في إسناده شهر بن حوشب، وليس بالقوي.
الثانية: الاختلاف في إسناده، فقد روي على ثلاثة أوجه.
الوجه الأول: عن قتادة، عن شهر، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة.
أخرجه أحمد (٤/ ١٨٦-١٨٧، ٢٣٨-٢٣٩)، والترمذي (٢١٢١)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٧٨٦، ٢٤٨١)، والنسائي في المجتبى (٣٦٤١)، وفي الكبرى (٦٤٣٥)، وأبو يعلى (١٥٠٨)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٣) رقم ٦١ من طريق أبي عوانة.
ورواه النسائي (٣٦٤٢) من طريق شعبة، كلاهما عن قتادة به.
وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف - تحقيق عوامة - (٣١٣٦٠)، وأحمد (٤/ ١٨٦، ٢٣٨)، والقاسم بن سلام في الناسخ والمنسوخ (٤٣١)، ابن ماجه (٢٧١٢) والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٤) رقم ٦٥، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢٤٨٢)، عن يزيد بن هارون،
ورواه أحمد (٤/ ٢٣٨) حدثنا محمد بن جعفر،
وأخرجه النسائي في المجتبى (٣٦٤٢)، وفي الكبرى (٦٤٣٦) من طريق خالد بن الحارث.
ورواه أحمد (٤/ ٢٣٩)، وابن سعد في الطبقات الكبرى (٢/ ١٨٣)، والدارقطني (٤/ ١٥٢)، وتمام في فوائده (٥٠٠) وأبو نعيم في معرفة الصحابة (٥٠٦٤)، وابن قانع في معجم الصحابة (١٢٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٦٤)، عن عبد الوهاب الخفاف.
وأخرجه الطبراني في الكبير (١٧/ ٣٤) رقم ٦٥ وفي الدعاء له (٢١٣١) من طريق يزيد بن زريع.
وأخرجه الطوسي في مستخرجه على جامع الترمذي من طريق ابن أبي عدي، كلهم =

. . . .

= (يزيد بن هارون، ومحمد بن جعفر، وخالد بن الحارث، وعبد الوهاب الخفاف، ويزيد بن زريع وابن أبي عدي) رووه عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة به.
ورواه أحمد (٤/ ٢٣٨) عن عفان،
والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٤) رقم ٦٤ من طريق إبراهيم بن الحجاج السامي،
والطبري في تهذيب الآثار (٣٣٨) من طريق الحجاج بن منهال، ثلاثتهم (عفان، وإبراهيم بن الحجاج، والحجاج بن منهال) عن حماد بن سلمة، عن قتادة به.
وتابع قتادة أبو بكر الهذلي، أخرجه ابن بشران في أماليه (٢١٠) من طريقه، عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجه. وهذه لا يفرح بها، فأبو بكر الهذلي متروك الحديث.
الوجه الثاني: قتادة، عن شهر بن حوشب، عن عمرو بن خارجة بإسقاط عبد الرحمن بن غنم.
رواه هشام، عن قتادة واختلف على هشام:
فرواه أبو داود الطيالسي (١٢١٧) قال: حدثنا هشام.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤/ ١٨٦)، والطبراني في المعجم الكبير (١٧/ ٣٥) رقم: ٦٧ من طريق همام، كلاهما عن قتادة، عن شهر بن حوشب، عن عمرو بن خارجة بإسقاط ابن غنم.
وخالفهما مسلم بن إبراهيم عند الدارمي (٢٥٢٩)، والطبراني في الكبير (٦٠)، فرواه عن هشام الدستوائي، ثنا قتادة، عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة كرواية الجماعة. وهذا أقرب.
ورواه هشيم، عن طلحة أبي محمد، واختلف عليه فيه:
فرواه سعيد بن منصور في سننه (٤٢٨) عن هشيم، عن طلحة أبي محمد مولى باهلة، عن قتادة، عن شهر بن حوشب، عن عمرو بن خارجة بدون ذكر عبد الرحمن بن غنم.
وخالفه زكريا بن يحيى الواسطي، فأخرجه الطبراني في الأوسط (٧٧٩١) والكبير (١٧/ ٣٣) رقم: ٦٢ من طريقه، ثنا هشيم، عن طلحة أبي محمد مولى باهلة، ثنا قتادة، عن شهر، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة بزيادة (عبد الرحمن بن غنم) كرواية الجماعة. =

. . . .

= ورواه مطر الوراق، عن شهر بن حوشب واختلف على مطر فيه:
فقيل عنه: عن شهر بن حوشب، عن عمرو بن خارجة، كرواية همام.
وقيل: عنه، عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة، كما هي رواية الجماعة.
فرواه عبد الرزاق في المصنف (١٦٣٠٦، ١٦٣٧٦) وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٧٨٨) عن معمر، عن مطر الوراق، عن شهر بن حوشب، عن عمرو بن خارجة. بإسقاط عبد الرحمن ابن غنم.
ورواه الدارقطني (٤/ ١٥٢) من طريق سعيد، عن مطر به.
ورواه أحمد بن حنبل (٤/ ١٨٧)،
وأبو نعيم كما في معرفة الصحابة (٥٠٤٧) عن الحارث بن أبي أسامة، كلاهما (أحمد بن حنبل والحارث): عن عبد الوهاب بن عطاء، عن سعيد بن أبي عروبة، عن مطر، عن شهر، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة، فزاد في إسناده (عبد الرحمن بن غنم) كما هي رواية الجماعة.
فأنت ترى أن كل من رواه بإسقاط عبد الرحمن قد روي عنه من وجه آخر بذكره، وهو المعروف.
الطريق الثالث: عن قتادة، عن عمرو بن خارجة، بإسقاط شهر وعبد الرحمن بن غنم.
أخرجه النسائي في المجتبى (٣٦٤٣)، وفي الكبرى (٦٤٣٧) والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٥) رقم ٦٨ من طريق
إسماعيل بن أبي خالد، عن قتادة، عن عمرو بن خارجة به، وليس فيه الاستثناء (إلا أن يشاء الورثة).
جاء في العلل لابن أبي حاتم: (٨١٧) سألت أبي عن الحديث رواه أبان العطار، عن قتادة، عن شهر، عن عمرو بن خارجة . . . ورواه همام، عن قتادة، ومطر، عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة، عن النبي فقلت لأبي: أيهما أصح؟ قال: عن عبد الرحمن بن غنم أصح. اهـ
وروى الطبراني في المعجم الكبير (٤١٤٠) من طريق عبد الله بن حمزة الزبيري، ثنا =

(ح-١٠٣٣) وأحسن إسناد روي فيه هذا الحديث هو ما رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا إسماعيل ابن عياش، قال: حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني، سمع أبا أمامة، يقول: **شهدت رسول الله ﷺ في حجة الوداع فسمعته يقول: إن الله ﷻ قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث. الحديث**(١).

[حسن، وليس فيه: إلا أن يشاء الورثة](٢).

= عبد الله بن نافع، عن عبد الملك بن قدامة الجمحي، عن أبيه، عن خارجة بن عمرو الجمحي.

وعبد الملك بن قدامة ضعيف، قال فيه البخاري: تعرف وتنكر. وقال فيه يحيى بن معين: صالح.

ولم يتابع عليه، فهل انقلب عليه من عمرو بن خارجة إلى خارجة بن عمرو، الله أعلم.

وفي إسناده أيضًا عبد الله بن حمزة الزبيري.

(١) سنن أبي داود الطيالسي (١١٢٧).

(٢) هذا الإسناد مداره على ابن عياش، قال الحافظ في فتح الباري (٥/ ٣٧٢): «وقد قوى حديثه عن الشاميين جماعة من الأئمة منهم أحمد، والبخاري، وهذا من روايته عن شرحبيل بن مسلم، وهو شامي ثقة، وصرح في روايته بالتحديث عند الترمذي وقال الترمذي حديث حسن». قلت: في بعض النسخ: حسن صحيح.

وضعفه ابن عبد الهادي في التنقيح بإسماعيل بن عياش(٤/ ٢٥٠).

وقال في المحرر (١/ ٥٢٤): «شرحبيل من ثقات الشاميين، قاله الإمام أحمد، وضعفه يحيى بن معين».

وانتقده الذهبي، وقال: بل حديث ابن عياش صحيح. التنقيح للذهبي (٢/ ١٥٧).

وطريق ابن عياش قد رواه عبد الرزاق (٧٢٧٧، ١٦٣٠٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣١٣٥٩)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٢٨٧٠، ٣٥٦٥)، والترمذي (٦٧٠، ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥)، وسعيد بن منصور في سننه (٤٢٧)، والمعجم الكبير للطبراني (٧٦١٥، ٧٥٣١)، والدارقطني في سننه (٣/ ٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٤٩، ٣٩٩، ٤٣٢).

وله طريق أخرى: رواه ابن الجارود في المنقى (٩٤٩)، قال: حدثنا أبو أيوب =

. . . .

= سليمان بن عبد الحميد البهراني، قال: ثنا يزيد بن عبد ربه، قال: ثنا الوليد بن مسلم، قال: ثنا ابن جابر، حدثني سليم بن عامر وغيره، عن أبي أمامة وغيره ﷺ ممن شهد خطبة رسول الله ﷺ يومئذ فكان فيما تكلم به: ألا إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث.

وهذا الحديث صالح في المتابعات، فشيخ ابن الجاورد سليمان بن عبد الحميد البهراني مختلف فيه.

قال فيه النسائي: كذاب، ليس بثقة ولا مأمون.

ووثقه مسلمة بن قاسم على ما ذكره الحافظ في التهذيب، وقال ابن أبي حاتم: هو صديق أبي، كتبت عنه، وسمعت عنه بحمص، وهو صدوق.

وذكره ابن حبان في الثقات، وقال: كان ممن يحفظ الحديث، ويتنصب.

وفي حاشية تهذيب الكمال (١٢/ ٢٤): ووثقه أبو علي الجياني أيضا (شيوخ أبي داود، الورقة ٨٢).

قال بشار عواد: هذا رجل كتب عنه أبو حاتم الرازي وكان صديقًا له، وروى عنه أبو داود، وسمع منه عبد الرحمن بن أبي حاتم وصدقه، وروى عنه أبو عوانة يعقوب بن إسحاق الاسفراييني في صحيحه، وهؤلاء الأعلام من الديانة والصيانة والتحري ما يستبعد روايتهم عن الكذابين.

ومن العجيب المستغرب أن أحدًا من المتقدمين المعنيين بتتبع الضعفاء والكذابين لم يذكره في كتابه أمثال العقيلي وابن عدي وأضرابهما.

ولعل سوء رأي النسائي فيه - إن ثبت عنه - إنما جاء بسبب ما اتهم به من نصب، اللهم نسألك العافية!. اهـ

وأخرج النسائي في الكبرى (٥٧٨١) قال: أخبرنا عبد الله بن الصباح، عن معتمر بن سليمان، عن الحجاج بن فرافصة، عن محمد بن الوليد، عن أبي عامر (غير منسوب) عن أبي أمامة بذكر قطعة منه.

وأخرجه والطبراني في الكبير (٧٦٤٩) عن الحسين بن إسحاق التستري، وإسحاق بن داود الصواف كلاهما عن عبد الله بن الصباح به، وقالا: (أبو عامر الهوزني). =

. . . .

= وأخرجه الدارقطني (٣/ ٤٠) من طريق أبي الأشعث أحمد بن المقدام، عن معتمر بن سليمان، عن الحجاج بن فرافصة، عن محمد بن الوليد، عن أبي عامر الوصابي به، فنُسِب أبو عامر إلى الوصابي.

فهل أبو عامر هو الهوزني أو هو الوصابي، ويقال: الأوصابي، لعل ما يرجح أنه الوصابي أن المزي ذكر في ترجمته أنه يروي عن الصحابي أبي أمامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المزي ذكر في تحفة الأشراف (٤/ ١٨٠) أن أبا بكر بن أبي داود رواه عن عبد الله بن الصباح، فسماه لقمان بن عامر الوصابي، وهو رجل صدوق.

بينما الهوزني اسمه عبد الله بن الحي، ولم يذكر المزي من شيوخه أبا أمامة، وهو رجل صدوق أيضًا، فلم يؤثر الاختلاف في عين الراوي على صحة الإسناد.

وفي إسناده حجاج بن فرافصة، قال فيه يحيى بن معين: لا بأس به.

وقال أبو زرعة: ليس بالقوي.

وقال أبو حاتم: شيخ صالح متعبد. فهذا الإسناد صالح في المتابعات.

هذه طرق حديث أبي أمامة، وهو أحسن ما روي في الباب، وله شواهد سبق ذكر بعضها في الأدلة السابقة، ونذكر منها إن شاء الله تعالى ما لم نذكره هناك، وهي لا تخلو من ضعف.

الشاهد الأول: حديث أنس رضي الله عنه.

أخرجه أبو داود (٥١١٥) وابن ماجه (٢٧١٤) والطبراني في مسند الشاميين (٦٢٠، ٦٢١)، والطبري في تهذيب الآثار (٣٣٤)، والدارقطني (٤/ ٧٠) والبيهقي (٦/ ٢٦٤-٢٦٥، ٤٣٣) من طريق سعيد بن أبي سعيد، عن أنس بن مالك به بعضهم يذكره مطولًا وبعضهم يختصره.

وهذا الحديث ضعيف، وعلته سعيد بن أبي سعيد البيروتي، وفي سنن الدارقطني: سعيد بن أبي سعيد شيخ بالساحل.

وقال ابن الجوزي في التحقيق: الساحلي مجهول.

ولم يفرق ابن عساكر بين الساحلي وبين المقبري، فقال: قدم الشام مرابطًا، وحدث بساحل بيروت . . . وقد فرق الخطيب بين سعيد بن أبي سعيد الذي حدث ببيروت، وبين المقبري، ووهم في ذلك. تهذيب التهذيب (٤/ ٣٤). =

. . . .

= وقال ابن حجر: ذكر الحافظ سعد الدين الحارثي أن ابن عساكر لم يصب في توهيم الخطيب، وصدق الحارثي، قد جاء في كثير من الروايات عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد الساحلي، عن أنس. والرواية التي وقعت لابن عساكر، وفيها: عن ابن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، كأنها وهم من أحد الرواة، وهو سليمان بن أحمد الواسطي، فإنه ضعيف جدًا، وأن المقبري لم يقل أحد إنه يدعى الساحلي، وهذا الساحلي غير معروف، تفرد عنه ابن جابر . . . المرجع السابق.

وقال ابن عبد الهادي: قد ذكره ابن عساكر وشيخنا في الأطراف في ترجمة سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أنس، وإنما هو الساحلي، وهو غير محتج به، كذلك رواه الوليد بن مزيد البيروتي عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد شيخ بالساحل، قال: حدثني رجل من أهل المدينة قال: إني لتحت رسول الله . . . فذكر الحديث. تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٤/ ٢٥٢).

وذكر الشيخ الألباني في الإرواء (٦/ ٦٠) أن الطبراني في مسند الشاميين رواه من طريق هشام بن عمار، حدثنا محمد بن شعيب، حدثنا عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أنس.

وضعفه الألباني بهشام بن عمار. وقد رجعت إلى مسند الشاميين للطبراني (٦٢٠، ٦٢١)، فوجدته قد ذكره الطبراني بسعيد بن أبي سعيد غير منسوب، فليتحقق من النسخة التي رجع إليها الألباني عليه رحمة الله.

ورواه تمام في فوائده (٦٦) من طريق سليمان بن سالم الحراني، عن الزهري، عن أنس. ولا يفرح بهذا الطريق لأن فيه الحراني، وهو متروك الحديث.

الشاهد الثاني: حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

روي عن علي رضي الله من طريقين:

الطريق الأول: رواه مالك في المدونة الكبرى (٦/ ٥٧) والدارقطني (٤/ ٩٧)، والبيهقي (٦/ ٢٦) من طريق يحيى بن أنيسة الجزري، عن أبي إسحاق الهمداني، عن عاصم بن ضمرة، عن علي بن أبي طالب، قال: قال رسول الله ق الدين قبل الوصية، وليس لوارث وصية.

وهذا ضعيف جدًا علته يحيى بن أبي أنيسة الجزري، وهو متروك. =

. . . .

= **الطريق الثاني**: رواه الحارث الأعور عن علي ﷺ، والحارث ضعيف جدًا.
رواه عبد الرزاق في المصنف (١٩٠٠٣)، وابن أبي شيبة في المصنف ط الرشد (٢٩٠٥٤) و(٣١٥٥٦)، وابن الجارود في المنتقى (٩٥٠)، وأبو يعلى في مسنده (٦٢٥)، والطبراني في الأوسط (٥١٥٦)، والدارقطني (٤/ ٨٦)، والحاكم في المستدرك (٧٩٦٧، ٧٩٩٤)، وسنن البيهقي (٦/ ٣٩٢، ٤٣٨).
الشاهد الثالث: حديث جابر.
رواه سفيان بن عيينة، واختلف عليه فيه:
فرواه الدارقطني (٤/ ٩٧) من طريق إسحاق بن إبراهيم الهروي، أخبرنا سفيان، عن عمرو، عن جابر أن النبي ﷺ قال: **لا وصية لوارث**.
وخالف سعيد بن منصور إسحاق الهروي فرواه في سننه (٤٢٦)، قال: أخبرنا سفيان، عن عمرو بن دينار، أن رسول الله ﷺ قال: **لا تجوز لوارث وصية إلا أن يجيزها الورثة**.
قال الدارقطني: الصواب مرسل.
وقال عبد الله بن علي بن المديني: سمعت أبي يقول: أبو موسى الهروي روى عن سفيان، عن عمرو، عن جابر: لا وصية لوارث، حدثنا به سفيان، عن عمرو مرسلًا، وغمزه. ميزان الاعتدال (١/ ١٧٨).
وقد رد بعض العلماء المعاصرين حكم الدارقطني بالإرسال، ورجح أن يكون كلام الإمام الدارقطني أخذه من كلام عبد الله بن علي المديني، وهو لم يوثق، والإمام الدارقطني أنبل من أن يتابع راويًا لم يوثق دون تفتيش، ولو وقف هذا العالم الفاضل على رواية سعيد بن منصور لاختلف رأيه.
ورواه أبو نعيم في أخبار أصبهان (١/ ٢٧٣) من طريق نوح بن دراج، عن أبان بن تغلب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: **لا وصية لوارث، ولا إقرار بدين**.
قال أبو عبد الرحمن: حدثنا به في موضع آخر، ولم يذكر جابرًا.
الشاهد الرابع: ما رواه الشافعي في مسنده (ص٢٣٤) أخبرنا ابن عيينة، عن سليمان الأحول، عن مجاهد أن رسول الله ﷺ قال: **لا وصية لوارث**. =

قال الخطيب: «إن أهل العلم قد تقبلوه، واحتجوا به، فوقفنا بذلك على صحته عندهم كما وقفنا على صحة قول رسول الله ﷺ: (**لا وصية لوارث**)، وقوله في البحر: (**هو الطهور ماؤه، الحل ميتته**) وقوله: (**إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة، تحالفا وترادا البيع**)، وقوله: (**الدية على العاقلة**)، وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد، لكن لما تلقتها الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها . . .»[1].

وقال الطحاوي: «أهل العلم قد قبلوا ذلك واحتجوا به فغني بذلك عن طلب الأسانيد فيه»[2].

قلت: هذا الكلام يصدق على الحديث دون زيادة (إلا أن يشاء الورثة) والله أعلم.

الدليل الرابع:

القياس على الوصية للأجنبي بأكثر من الثلث، فإن الورثة إذا أجازوها جازت، فكذلك الوصية للورثة إذا أجازها الورثة.

قال الخطابي: «وإنما تبطل الوصية للوارث في قول أكثر أهل العلم من أجل حقوق سائر الورثة، فإذا أجازوها جازت، كما إذا أجازوا الزيادة على الثلث للأجنبي جاز»[3].

= ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٣١). وهذا مرسل، والمرسل ضعيف.

(١) الفقيه والمتفقه ط دار ابن الجوزي (١/ ٤٧١).

(٢) مشكل الآثار (٩/ ٢٦٥).

(٣) معالم السنن (٤/ ٨٥).

وقال ابن عبد البر: «حجة من أجاز تجويز الورثة الوصية للوارث اتفاقهم على أنه إن أوصى بأكثر من الثلث وأجازه الورثة جاز، فالوصية للوارث مثل ذلك والله أعلم»[١].

ويناقش:

ليس الخلاف في صحة إجازة الورثة، فإنها إجازة صحيحة لصدورها ممن يملك حقيقة، وإنما الخلاف في توصيف هذه الإجازة، هل تكون وصية، أو تكون هبة مبتدأة.

الدليل الخامس:

أن الموصي حين أوصى قد تصرف في ملكه، فيجب انعقاد تصرفه، غير أن حق الغير متعلق به، فوقف النفوذ على رضاه، ولم يمنع ذلك من صحتها كبيع ما فيه شفعة، فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية.

ويناقش:

الوصية الحقيقية هي المقدمة على حق الوارث، ولا تتوقف على رضا الوارث، والإيجاب في الوصية معلق بالموت، فإذا وقع الموت يكون تصرفه ليس في ملكه، وهو لا يملك ذلك بعد موته، والشريك إذا باع حصته لأجنبي فقد باع مالًا يملكه، وكان القياس أن له أن يبيع ماله لمن يشاء، وإنما انتزع الشفيع حصة شريكه دفعًا للضرر الواقع عليه، وليس لأنه يملك حصة شريكه فافترقا.

---

(١) الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٧/ ٢٦٧).

القول الثاني:

لا تصح الوصية للوارث، وإن أجازها الورثة كانت هبة منهم لا وصية، فيشترط فيها ما يشترط في الهبة.

وهذا هو المشهور من مذهب المالكية، وهو نص المدونة، واختاره المزني من الشافعية، وقال به بعض الحنابلة، وهو مذهب الظاهرية[١].

قال ابن عبد البر: «اتفق الجمهور من فقهاء الأمصار على أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازها الورثة بعد الموت جازت، وإن ردوها فهي مردودة.

ولهم في اجازتها إذا أجازها الورثة قولان:

أحدهما: أن إجازتهم لها تنفيذ منهم لما أوصى به الميت، وحكمها حكم وصية الميت.

والأخرى: أنها لا تكون وصية أبدًا، وإنما هي من قبل الورثة عطية وهبة للموصى له على حكم العطايا والهبات عندهم.

وقد اختلف أصحاب مالك على هذين القولين أيضًا»[٢].

وقال الدردير في الشرح الكبير «وإن أجيز ما أوصى به للوارث، أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم: أي ابتداء عطية، لا تنفيذ لوصية

---

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٤٢٧)، حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٤/ ٥٨٦)، شرح الخرشي (٨/ ١٧١)، التمهيد (٨/ ٣٨١)، منح الجليل (٩/ ٥١٣)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١٢٣)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠)، فتح الباري (٥/ ٣٧٣)، المهذب (١/ ٤٥١)، المغني (٦/ ٥٨)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، المحلى، مسألة (١٧٥٤).

(٢) الاستذكار (٧/ ٢٦٧).

الموصي، فلا بد من قبول الموصى له، وحيازته قبل حصول مانع للمجيز، وأن يكون المجيز من أهل التبرع . . .»[١].

وقال الماوردي: «ولو وصى لأحد ورثته، كان في الوصية قولان:

أحدهما: باطلة إذ رسول الله ﷺ نهى إلا أن يستأنفه الورثة الباقون هبتها له بعد إحاطة علمهم بما يبذل منهم، وقبول منه، وقبض تلزم به الهبة، كسائر الهبات، فتكون هبة محضة لا تجري فيها حكم الوصية. وهذا قول المزني.

والثاني: أنها موقوفة على إجازة الباقين من الورثة، كالوصية بما زاد على الثلث، فإن أجازها الباقون من الورثة: صحت، وإن ردوها رجعت ميراثا، وكان الموصى له به كأحدهم، يأخذ فرضه منها، وإن أجازها بعضهم وردها بعضهم صحت الوصية في حصة من أجازه . . .»[٢].

قال ابن قدامة: «وإن أجازها - يعني الوصية للوارث - جازت، في قول الجمهور من العلماء. وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة، وإن أجازها سائر الورثة، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة. أخذًا من ظاهر قول أحمد، في رواية حنبل: «لا وصية لوارث». وهذا قول المزني، وأهل الظاهر. وهو قول للشافعي»[٣].

❑ دليل من قال: لا تصح الوصية للوارث، وإجازتها هبة مبتدأة:

الدليل الأول:

(ح-١٠٣٤) ما رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا إسماعيل ابن عياش،

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٧).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠)

(٣) المغني (٦/ ٥٨).

قال: حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني، سمع أبا أمامة، يقول: **شهدت رسول الله ﷺ في حجة الوداع فسمعته يقول: إن الله ﷻ قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث . . . الحديث**[١].

[حسن][٢].

وجه الاستدلال:

أن الله ﷻ منع الوصية للوارث، فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسول الله ﷺ إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم، فهو مالهم، وقد رأينا أن ما ورد من زيادة (إلا أن يشاء الورثة) قد وردت بأسانيد ضعيفة، ولا يصلح الاحتجاج بمجموعها لأن كل طريق وردت فيه الزيادة قد خالفه من هو أرجح منه بعدم ذكرها، مما يجعل الزيادة منكرة، والمنكر لا يعتضد بمجموع الطرق.

الدليل الثاني:

أن الوصية للوارث لا تجوز بحال وإن أجازها سائر الورثة؛ لأن المنع منها إنما لحق الشرع فلو جوزناها لكنا قد استعملنا الحكم المنسوخ وذلك غير جائز، كما أن الوصية للقاتل غير جائزة وإن أجازها الورثة[٣].

وقد سبق لنا قول الإمام الشافعي: «وما وصفت - من أن الوصية للوارث

---

(١) سنن أبي داود الطيالسي (١١٢٧).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ح ١٠٣٣).

(٣) معالم السنن (٤/ ٨٥).

منسوخة بآي المواريث، وأن لا وصية لوارث - مما لم أعرف فيه عن أحد ممن لقيت خلافًا»[١].

(ث-٢٢٧) فقد روى ابن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن الجهضم، عن عبد الله بن بدر، **عن ابن عمر: إن ترك خيرًا الوصية قال: نسختها آية الميراث**[٢].

[سنده صحيح].

(ث-٢٢٨) وبمثله قال ابن عباس، فقد روى أبو عبيد القاسم بن سلام، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا يونس، عن ابن سيرين، **عن ابن عباس أنه قرأ هذه الآية، ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾** [البقرة: ١٨٠] قال: **قد نسخ هذا**[٣].

[صحيح، وهو في البخاري بغير هذا اللفظ][٤].

الدليل الثالث:

أن الوصية هي التي يملكها الموصي، وتقدم على الميراث، وتلزم بموت

---

(١) الأم (٤/ ٩٩).

(٢) المصنف (٣٠٩٤٨)، وقد تداخل نص هذا الأثر بالأثر الذي بعده، والتصحيح من نسخة الشيخ محمد عوامة (٣١٥٩٣)، ومن طريق وكيع أخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٤٣٤).
وأخرجه الطبري في تفسيره (٣/ ١٣١) ط هجر، وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٢٦) من طريق ابن مهدي، ثنا سفيان به.

(٣) الناسخ والمنسوخ (٤٢١).

(٤) ورواه سعيد بن منصور في سننه كما في التفسير من سنن سعيد بن منصور (٢٥٢) أخبرنا هشيم به. وسبق تخريجه، انظر (ث ٢٠٠).

الموصي، ولا يحق للوارث الاعتراض عليها، أما التي لا يملكها الموصي ابتداء، ولا تقدم على الميراث، ولا تلزم بموت الموصي إلا أن يأذن الوارث فهذه لا يمكن أن يقال: إنها هي الوصية التي قال الله فيها: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] فتعلق حق الوارث بها يمنع انعقادها من قبل الموصي، ويجعل العاقد الحقيقي هو الوارث، وليس الموصي، والموصي تصرف تصرفًا فضوليًا موقوفًا على إجازة المالك الحقيقي، وهو الوارث، ولذلك كان يملك أن يبطله، ويملك إن يجيزه.

الدليل الرابع:

أن النبي ﷺ منع من عطية بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض.

(ح-١٠٣٥) لما رواه الشيخان من حديث النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلامًا، فقال: أكل ولدك نحلت مثله، قال: لا، قال: فارجعه[١].

فإذا كان هذا في حال الصحة وكمال الملك ففي حال موته، وانتقال ملكه، وتعلق الحقوق به ممنوع من باب أولى.

الدليل الخامس:

أن الوصية للوارث كالوصية بأكثر من الثلث للأجنبي لا تجوز من الموصي، وقد قال الرسول ﷺ لسعد حين قال له: أوصي بشطر مالي؟ قال: لا[٢]. ولم

---

(١) البخاري (٢٥٨٦)، ومسلم (١٦٢٣).

(٢) البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).

يقل له: إن أجازه ورثتك، فدل على أن الإجازة هبة منهم، وليس ذلك وصية[١].

❑ الراجح:

أرى أن إجازة الورثة هبة، وليست وصية للوارث، والخلاف في هذه المسألة قولًا وأدلة هو نفس الخلاف بالوصية بأكثر من الثلث للأجنبي، فما زاد على الثلث فهو هبة، وليس وصية، والله أعلم، وإذا رجحنا أن ما أجاز الورثة هو عطية مبتدأة، فإنه يشترط لنفاذه:

الشرط الأول: لا بد من قبول جديد من الموصى له بعد الإجازة، وأما القبول الأول فلا عبرة به؛ لأنه كان موجهًا لإيجاب الموصي، وليس لإيجاب الوارث، وإجازة الورثة إيجاب بالهبة مستأنف مفتقر إلى قبول من الموهوب له، فاحتاج الأمر إلى قبول جديد.

ولو رجع المجيز قبل القبض صح رجوعه؛ لأن الهبة لا تلزم على الصحيح إلا بالقبض خلافًا للمالكية، أما الوصية فتلزم بالقبول بعد موت الموصي، ولو لم تقبض.

الشرط الثاني: أن يكون المجيز من أهل التبرع، بأن يكون بالغًا عاقلًا غير محجور عليه[٢].

---

(١) انظر التمهيد (٨/ ٣٨١).

(٢) قال الخرشي (٨/ ١٧١): «وإذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة، أو ما زاد على الثلث لغير الوارث، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية، لا أنه تنفيذ للوصية، فلا بد من قبول الموصى له، ولا تتم إلا بالحيازة قبل حصول مانع للمجيز، وأن يكون المجيز من أهل الإجازة». وانظر حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٧).

الشرط الثالث: زاد الشافعية: أن يكون المجيز عالمًا بالمجاز، فإن كان يجهل ذلك فإن الإجازة لا تلزمه، فالإجازة تصرف، والتصرف لا يصح إلا إذا علم المتصرف بمحله، فإن جهل المجيز بالمجاز به كان هذا التصرف باطلًا[١].

جاء في حاشية الشرواني: «ولا أثر للإجازة بعد الموت مع جهل قدر المال الموصى به كالإبراء عن مجهول»[٢].

الشرط الرابع: أن تكون الإجازة بعد موت الموصي، فإن كانت الإجازة في حياة الموصي ففيها خلاف سوف أفرده في البحث إن شاء الله تعالى.



(١) أسنى المطالب (٣/ ٣٣)، مغني المحتاج (٣/ ٤٤)، الحاوي الكبير (٨/ ٢١٤)، تحفة المحتاج (٧/ ١٥).

(٢) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٧/ ١٥).

مبحث
في إجازة الورثة في حياة الموصي

إذا أوصى الرجل لأحد الورثة، وأخذ موافقة الورثة في حياته، فهل لهم أن يردوها بعد وفاته، اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا عبرة بإجازة الورثة في حال حياة الموصي، فلو أجازوها حال حياته، ثم ردوها بعد وفاته صح الرد، وبطلت الوصية، وهذا مذهب الجمهور[(١)].

❑ حجة هذا القول:

ليس للوارث حق في مال الموصي قبل موته، وهذا يجعل الإجازة في حياة الموصي لا عبرة بها؛ لأنها قبل ثبوت الحق.

جاء في الهداية: «ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها قبل ثبوت الحق، إذ الحق يثبت عند الموت، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته، بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه»[(٢)].

وقال الشافعي في الأم: «وإذا أراد الرجل أن يوصي لوارث، فقال للورثة: إني أريد أن أوصي بثلثي لفلان وارثي، فإن أجزتم ذلك فعلت، وإن لم تجيزوا أوصيت بثلثي لمن تجوز الوصية له فأشهدوا له على أنفسهم بأن قد أجازوا له

---

(١) فتح القدير (١٠/ ٤١٧)، المبسوط (٢٧/ ١٤٧)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٣٩٣)، الأم (٤/ ١٠٩)، المغني (٦/ ٦٣).

(٢) فتح القدير (١٠/ ٤١٧).

جميع ما أوصى له وعلموه، ثم مات فخير لهم فيما بينهم وبين الله ﷻ أن يجيزوه؛ لأن في ذلك صدقا ووفاء بوعد وبعدا من غدر وطاعة للميت وبرا للحي فإن لم يفعلوا لم يجبرهم الحاكم على إجازته، ولم يخرج ثلث مال الميت في شيء إذا لم يخرجه هو فيه، وذلك أن إجازتهموه قبل أن يموت الميت لا يلزمهم بها حكم من قبل أنهم أجازوا ما ليس لهم»[(١)].

وقال ابن قدامة: «ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا قبل ذلك، ثم ردوا، أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال، أو بالوصية لبعض ورثته، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته، فلهم الرد، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه. نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب. وروي ذلك عن ابن مسعود، وهو قول شريح، وطاوس، والحكم، والثوري، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي حنيفة، وأصحابه»[(٢)].

القول الثاني:

قال المالكية: إن أجاز الوارث حال مرض الموصي المخوف لزمته الإجازة، فلا رد له بعد ذلك إلا من عذر[(٣)].

قال الدردير: إذا أجاز وصية مورثه قبل موته فيما له رده بعده كما لو كانت

---

(١) الأم (٤/ ١٠٩).

(٢) المغني (٦/ ٦٣).

(٣) المدونة (٦/ ٧٥)، الشرح الكبير (٤/ ٤٣٧)، شرح الخرشي (٨/ ١٨٠)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٩٥-٥٩٦)، المقدمات الممهدات (٣/ ١١٧).

لوارث أو أكثر من الثلث فتلزمه الإجازة، ليس له رجوع بعد ذلك فيما أجازه متمسكا بأنه التزام شيء قبل وجوبه، وإنما تلزمه الإجازة بشروط . . . ثم ذكرها، وهي:

كون الإجازة بمرض للموصي أي فيه سواء كانت الوصية فيه أو في الصحة.

ولا بد من كون المرض مخوفًا . . . فإن أجازه في صحته أو في مرض صح منه صحة بينة، ثم مرض، ومات لم يلزم الوارث ما أجازه.

وأن لا يكون معذورًا . . . بكونه أي الوارث في نفقة الموصي، فأجاز مخافة قطعها عنه، أو لأجل دينه الذي له عليه، أو لخوف سلطانه . . . فأجاز مخافة سطوته عليه.

وأن لا يكون المجيز ممن يجهل أن له الرد والإجازة[١].

القول الثالث:

أن الورثة إذا أجازوا ذلك ولو في حياة الموصي فإنه يمضي عليه، وهو قول جماعة من السلف؛ لأن الحق لهم فإذا رضوا بتركه سقط حقهم.

قال ابن قدامة: «وقال الحسن، وعطاء، وحماد بن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلى، والزهري، وربيعة، والأوزاعي، وابن أبي ليلى: ذلك جائز عليهم؛ لأن الحق للورثة، فإذا رضوا بتركه سقط حقهم، كما لو رضي المشتري بالعيب»[٢].

---

(١) انظر الشرح الكبير (٤/ ٤٣٧).

(٢) المغني (٦/ ٦٣).

❑ **الراجح:**

الصواب قول الجمهور، وأن الإجازة في الحياة لا تلزم، سواء كانت في صحة الموصي أو في مرضه، والله أعلم.



فرع
في وقت اعتبار الموصى له وارثًا

[م-١٦٧٠] ذهب عامة الفقهاء على أن اعتبار كون الموصى له وراثًا أو غير وارث هو وقت موت الموصي، لا وقت إيجاب الوصية؛ لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، فاعتبر وقت التمليك[1].

قال الزيلعي: «ويعتبر كونه وارثًا أو غير وارث وقت الموت، لا وقت الوصية»[2].

وقال ابن رشد: «فكما تبطل وصيته إذا أوصى له وهو غير وارث، ثم صار وارثًا، فكذلك ينبغي أن تجوز إذا أوصى له وهو وارث، ثم صار غير وارث»[3].

وقال ابن جزي المالكي: «إن أوصى لغير وارث، ثم صار وارثًا بأمر حادث بطلت الوصية»[4].

وقال الماوردي الشافعي: «والاعتبار بكونه وارثًا، عند الموت، لا وقت الوصية.

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٧)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٢٣)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥١)، شرح الخرشي (٨/ ١٨٠)، منح الجليل (٩/ ٥٤١)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥)، البيان والتحصيل (١٣/ ٢٢٤)، الحاوي الكبير (٨/ ٢١٤)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٤٠)، مغني المحتاج (٣/ ٤٤).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٢).

(٣) البيان والتحصيل (١٣/ ٢٢٤).

(٤) القوانين الفقهية (ص٢٦٧).

فعلى هذا: لو كان وارثًا، ثم صار عند الموت غير وارث: صحت له الوصية، ولو أوصى له وهو غير وارث، ثم صار عند الموت وارثًا: ردت الوصية ما لم يجزها الورثة.

ولو أوصى لامرأة أجنبية ثم تزوجها: بطلت الوصية، ولو أوصى لزوجته، ثم طلقها: صحت الوصية، والله أعلم»[١].

وقال الخرقي: «ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث، فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث، فالوصية له ثابتة؛ لأن اعتبار الوصية بالموت»[٢].

وخالف في ذلك ابن القاسم، فقد ذكر المالكية عنه أنه قال في الموصي إذا أوصى لوارث، كأن يوصي لأخيه، ثم يولد للموصي ولد يحجبه، قال: إنما تثبت الوصية إذا علم الموصي بالولد حتى يكون مجيزًا لها[٣].

وهذا القول من ابن القاسم مخالف للمشهور، فإن كان أخذ هذا المذهب من قول ابن القاسم في المرأة توصي لزوجها، ثم يطلقها، فإن علمت بطلاقها قبل موته فالوصية جائزة.

قال الخرشي: «من أوصى بوصية في حال صحته، أو في حال مرضه لأخيه مثلًا، ثم ولد له ولد، فإن الوصية تصح؛ لأن الوارث صار غير وارث، وقد علمت أن المعتبر في الوصية ما يؤول الأمر إليه وهو يوم الموت . . . وقوله:

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٢١٤).

(٢) مختصر الخرقي (ص٨٣).

(٣) الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥).

(ولو لم يعلم) مبالغة في قوله والوارث يصير غير وارث أي: ولو لم يعلم الموصي للوارث أنه صار غير وارث، وأشار بلو لرد قول ابن القاسم في المرأة توصي لزوجها ثم يطلقها ألبتة، فإن علمت بطلاقها قبل موتها فالوصية جائزة»[١].

إن كان أخذ مذهب ابن القاسم من هذه المسألة فلا أرى أن التعميم مرض، لأن القول في هذه المسألة قد يكون اعتبارًا بالباعث، لا اشترطًا للعلم، فإن الباعث على الوصية لزوجها هو ديمومة العلاقة الزوجية، فلما طلقها بطلت وصيتها له لفوات الباعث على الوصية، لهذا اشترط ابن القاسم علم الزوجة بالطلاق، ومثل هذه المسألة قول الإمام أحمد في امرأة وهبت مهرها لزوجها، ثم طلقها أن له أن تطالبه بمهرها، ومثله من اشترى وزنًا من اللحم، ثم طلب من الجزار زيادة، فزاده فإنه لو رد اللحم بعيب كان يجب عليه أن يرد الزيادة، وإن أخذت باسم الهبة.



(١) الخرشي (٨/ ١٨٠).



الشرط الخامس
في اشتراط إسلام الموصى له

المبحث الأول
وصية المسلم للذمي

[م-١٦٧١] علمنا في بحث سابق أن الإسلام ليس شرطًا في صحة الوصية، وأن وصية الذمي صحيحة، سواء أوصى بها إلى ذمي مثله، أو أوصى بها إلى مسلم معين.

والبحث هنا في صحة وصية المسلم لغير المسلم، وغير المسلم إما أن يكون ذميًا، أو مستأمنًا أو حربيًا.

فأما الوصية للذمي فللفقهاء فيها قولان:

القول الأول:

ذهب عامة الفقهاء، وهو رواية ابن وهب عن مالك إلى جواز وصية المسلم للذمي المعين، وحكي ذلك إجماعًا.

قال ابن الهمام: «ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم، فالأولى؛ لقوله تعالى ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨] الآية.

والثاني: لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات»[١].

(١) فتح القدير (١٠/ ٤٢٦)، وانظر تبيين الحقائق (٦/ ١٨٣).

وقال ابن المنذر: «ووصية المسلم للذمي جائزة في قول مالك، والثوري، وأحمد بن حنبل، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وقد روينا إجازة ذلك عن جماعة منهم شريح، والشعبي، وعطاء، وابن سيرين»(١).

وقال ابن قدامة: «تصح وصية المسلم للذمي، والذمي للمسلم، والذمي للذمي»(٢).

وفي مطالب أولي النهى: «ولا تصح الوصية لعامة اليهود ولا النصارى بخلاف المعين، فإنها تصح له . . . ولا يصح جعل الكفر أو الجهل شرطًا في الاستحقاق»(٣).

ومعنى ذلك: أن الوصية إن كانت لذمي معين صحت، ولا يشترط فيها القربة، وإن كانت على جهة، كما لو أوصى لعموم اليهود والنصارى فلا تصح؛ لأن معنى ذلك أن يكون الكفر والجهل شرطًا في الاستحقاق.

وقد ناقشت ذلك بتوسع في عقد الوقف فارجع إليه.

□ والدليل على صحة وصية المسلم للذمي:

الدليل الأول:

الإجماع. قال ابن عبد البر: «لا خلاف علمته بين العلماء في جواز وصية

---

(١) الإشراف (٤/ ٤٥٢).

(٢) المغني (٦/ ١٢١)، الإنصاف (٧/ ١٨٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٤)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٦).

(٣) مطالب أولي النهى (٤/ ٤٨٣).

المسلم لقرابته الكفار؛ لأنهم لا يرثونه، وقد أوصت صفية بنت حيي لأخ لها يهودي»[١].

الدليل الثاني:

قال ابن المنذر: «قال ابن الحنفية، وعطاء، وقتادة في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَفۡعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِكُم مَّعۡرُوفٗاۚ﴾ [الأحزاب: ٦] الآية، قالوا: في جواز وصية المسلم لليهودي والنصراني»[٢].

الدليل الثالث:

أن الله ﷻ لم ينهنا عن صلتهم، قال تعالى:

﴿لَّا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يُقَٰتِلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَلَمۡ يُخۡرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمۡ أَن تَبَرُّوهُمۡ وَتُقۡسِطُوٓاْ إِلَيۡهِمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨].

الدليل الرابع:

(ث-٢٢٩) روى عبد الرزاق في المصنف، قال: عن الثوري، عن ليث، عن نافع، عن ابن عمر، **أن صفية ابنة حيي أوصت لابن أخ لها يهودي**[٣].

[حسن لغيره][٤].

---

(١) التمهيد (١٤/ ٣٠٠).

(٢) الإشراف (٤/ ٤٥٢).

(٣) المصنف (٩٩١٤).

(٤) وهذا إسناد ضعيف، فيه ليث بن أبي سليم، ويشهد له طريق آخر، رواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩١٣) عن معمر.

وسعيد بن منصور (٤٣٧) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٥٩) عن سفيان، كلاهما، عن أيوب، عن عكرمة، قال: باعت صفية زوج النبي ﷺ دارًا لها من معاوية بمائة ألف، =

فتبين بكل ما سبق أن اتحاد الدين بين الموصي والموصى له ليس بشرط، فتصح وصية الذمي للمسلم فيما يصح أن يتملكه المسلم، وتصح وصية المسلم للذمي فيما يصح أن يتملكه الذمي، فلا يصح أن يوصي له بالمصحف، وإن أوصى له بعبد مسلم صحت الوصية وأمر بإخراجه من ملكه ببيع ونحوه، والله أعلم.

القول الثاني:

كره ملك في أحد قوليه الوصية للكافر إلا على وجه الصلة كأن يكون قريبًا أو جارًا، أو سبقت له يد.

= فقالت لذي قرابة لها من اليهود: وقالت له: «أسلم، فإنك إن أسلمت ورثتني»، فأبى فأوصت له، قال بعضهم: بثلاثين ألفًا. وهذا وإن كان رجاله ثقاتًا إلا أن عكرمة لم يسمع من صفية، قال ابن المديني كما في جامع التحصيل (٥٣٢): لا أعلمه سمع من أحد من أزواج النبي ﷺ شيئًا.

ورواه البيهقي (٦/ ٤٥٩) من طريق ابن وهب، أخبرني ابن لهيعة، عن بكير بن عبد الله، أن أم علقمة مولاة عائشة زوج النبي ﷺ حدثته أن صفية بنت حيي بن أخطب ﵂ أوصت لابن أخ لها يهودي.

وهذا إسناد ضعيف، فيه ابن لهيعة، والصواب أنه ضعيف مطلقًا، ورواية العبادلة أقل ضعفًا من غيرها، وفي إسناده أيضًا أم علقمة، ذكرها ابن حبان في ثقاته (٥/ ٤٦٦)، وفي التقريب: مقبولة، يعني بالمتابعة، وإلا فلينة الحديث.

وذكرها الذهبي في الميزان من المجهولات (٤/ الترجمة٩٤٤).

وفي زاد المعاد (٤/ ٢٣٤): «قال إسحاق بن راهويه: قال لي أحمد بن حنبل: ما تقول في الحامل ترى الدم؟ فقلت: تصلي، واحتججت بخبر عطاء عن عائشة ﵂. قال: فقال لي: أين أنت من خبر المدنيين، خبر أم علقمة مولاة عائشة ﵂ فإنه أصح.

قال ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٢٨٦): رواه البيهقي بإسناد جيد من حديث سفيان، عن أيوب، عن عكرمة.

جاء في التحصيل: «كره مالك الوصية لليهود والنصارى، قال سحنون: قال ابن القاسم: وكان قبل ذلك يجيزه ولست أرى به بأسًا إذا كان ذلك على وجه الصلة، مثل أن يكون أبوه نصرانيًا، أو يهوديًا، أو أخوه، أو أخته، فيصلهم على وجه صلة الرحم فلا أرى به بأسًا، وأراه حسنا، وأما بغير هذا فلا.

وفي رواية عيسى بن دينار: وسئل ابن القاسم عن هذا، فقال: لا أرى به بأسًا لمثل أمه وأبيه وإخوته وما أشبه ذلك القرابة، وأما الأباعد فلا يعجبني ذلك وَلْيَعْطِفْ به على أهل الإسلام.

قال محمد بن رشد: حَدُّ الكراهة ما في تركه ثواب، وليس في فعله عقاب، فمعنى كراهية مالك الوصية لليهود والنصارى هو أن يؤثرهم بالوصية لقرابته منهم على المسلمين الأجنبيين، فرأى الوصية للمسلمين الأجنبيين أفضل من الوصية لقرابته الذميين.

وقوله: وكان قبل ذلك يجيزه: معناه من غير كراهة؛ لما جاء في صلة الرحم من الأجر، والوجه في ذلك: أنه لم يترجح عنده على هذا القول الأفضل من الوجهين، فأجازه من غير كراهة، وهي رواية ابن وهب عنه، أن الوصية للكافر جائزة، واحتج بالحُلّةِ التي كساها عمَرُ أخا له مشركا بمكة، وهو الذي ذهب إليه ابن القاسم في رواية عيسى عنه، وقوله قبل ذلك: وأراه حسنًا قول ثالث في المسألة، وأنه رأى الأجر في الوصية لصلة رحمه، وإن كانوا ذميين أكثر من الأجر في المسلمين الأجنبيين»[1].

والاحتجاج بجواز صلة الكافر على جواز الوصية له قياس مع الفارق؛ لأن

(١) البيان والتحصيل (١٢/ ٤٧٧).

الصلة ثبت جوازها للكافر الحربي، بخلاف الوصية له على الصحيح المعتمد من مذهب المالكية، والله أعلم.

وجاء في حاشية الدسوقي: «وحاصله أن ابن القاسم يقول بالجواز إذا كانت على وجه الصلة، بأن كانت لأجل قرابة، وإلا كرهت.

وأجازها أشهب مطلقًا، لكن في التوضيح ما نصه: وقيد ابن رشد إطلاق قول أشهب بجوازها للذمي بكونه ذا سبب من جوار، أو قرابة، أو يد سبقت لهم، فإن لم يكن ذا سبب فالوصية لهم محظور؛ إذ لا يوصى للكافر من غير سبب، ويترك المسلم إلا مسلم مريض الإيمان»[1].

❑ **الراجح من الخلاف:**

أرى أن الراجح جواز الوصية لأهل الذمة الملتزمين العهد، لأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، وإذا كنا نعرض نفوسنا للهلاك في الذب عنهم فشأن المال أهون.

قال إمام الحرمين: «والوصية للذمي منفذة؛ فإنهم في عوننا ونصرتنا، ويتعين علينا الذب عنهم، فالوصية حمل على إعانتهم بطائفة من المال؛ فإن المال أهون من تعريض النفوس للهلاك بسبب الذب عنهم»[2].



(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٦).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٨٧).

المبحث الثاني
في وصية المسلم للكافر الحربي

[م-١٦٧٢] علمنا في المبحث السابق في صحة وصية الذمي للمسلم وللذمي، وصحة وصية المسلم للذمي، وحكي ذلك إجماعًا.

واختلف الفقهاء في صحة وصية المسلم للكافر الحربي، ومحل الخلاف فيه إذا أوصى له بغير سلاح:

القول الأول:

أن الوصية لا تصح للحربي، وهذا مذهب الحنفية، وقول أصبغ من المالكية، وهو المعتمد، واختاره بعض الشافعية، وهو قول في مذهب الحنابلة، وبه قال سفيان الثوري(١).

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٩٤)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١)، وجاء في حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥٥): «ونص محمد في الأصل على عدم جواز الوصية للحربي صريحًا وكذا في الجامع الصغير، وذكر شراحه أن في السير الكبير ما يدل على الجواز».

واختلف الحنفية في تأويل ما ورد في السير الكبير: فبعضهم: أنكر وجود هذا الخلاف، جاء في حاشية ابن عابدين: (٦/ ٦٥٥): ورده العلامة قاضي زاده بأن لفظ السير الكبير: لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز.

وذكر في العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٢٦): وجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل ثبت الملك لهم؛ لأنهم من أهل التمليك.

والصواب ما ذكره ابن عابدين: أن مرادهم بما يدل على الجواز ما ذكره في شرح السير الكبير للسرخسي بقوله: لا بأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميًا.

=

(ث-٢٣٠) روى ابن أبي شيبة في المصنف: قال: حدثنا عبيد الله بن موسى، قال: قال سفيان: لا تجوز وصية لأهل الحرب[١].

وجاء في حاشية تبيين الحقائق: «إذا أوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية»[٢].

وفي منح الجليل: قال «أصبغ: تجوز لذمي، ولا تجوز لحربي - يعني الوصية - لأنها تقوية له، وترجع ميراثًا لا صدقة»[٣].

وفي حاشية الصاوي: «وخرج بالذمي الحربي، فلا تصح له الوصية على ما قاله أصبغ، وهو المعتمد، خلافًا لما يقتضيه كلام عبد الوهاب من صحتها له»[٤].

= فالخلاف في جواز صلة الحربي وعدمه، لا في جواز الوصية وعدمه اهـ ملخصا وتمامه في الشرنبلالي.

والحاصل: أن التعليل بأن الحربي كالميت اقتضى عدم جواز الوصية له والتعليل بالنهي اقتضى عدم جواز كل من الوصية والصلة، وما في السير دل على جواز الصلة دون الوصية خلافا لما فهمه شراح الجامع، فصار الخلاف في جواز الصلة فقط.

قال ابن عابدين: وقد رأيت نصي الإمام محمد على جواز الهدية حيث قال في موطئه: ولا بأس أيضًا بالهدية إلى المشرك المحارب ما لم يهد إليه سلاح أو درع، وهو قول أبي حنيفة والعامة من فقهائنا». اهـ

وانظر قول أصبغ في منح الجليل (٩/ ٥١١)، التاج والإكليل (٦/ ٣٦٨)، الخرشي (٨/ ١٧٠)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٥)، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٦)، المهذب (١/ ٤٥١)، نهاية المطلب (١١/ ٢٨٧)، البيان للعمراني (٨/ ١٦١)، الإنصاف (٧/ ٢٢٢).

(١) المصنف (عوامة) (٣١٦٧٦)، وسنده صحيح، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩١٥) عن الثوري.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤).

(٣) منح الجليل (٩/ ٥١١).

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٣).

وقال الشيرازي: «فإن وصى لحربي ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا تصح الوصية، وهو قول أبي العباس بن القاص؛ لأن القصد بالوصية نفع الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربي، وأخذ ماله فلا معنى للوصية له . . .»[١].

❑ دليل من قال: لا تصح الوصية للحربي:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩]

جاء في مجمع الأنهر نقلًا من الجامع الصغير: «الوصية لحربي وهو في دارهم باطلة؛ لأنها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا، ثم ذكر الآية. . .»[٢].

ويجاب:

بأن الآية ليس فيها النهي عن بر المشركين، بل فيها النهي عن تولي المحاربين، وليست الوصية من الموالاة، وإلا لما جازت للذمي.

قال فخر الرازي: قوله: (أن تولوهم) بدل من (الذين قاتلوكم)، والمعنى: لا ينهاكم عن مبرة هؤلاء، وإنما ينهاكم عن تولي هؤلاء . . وقال أهل التأويل هذه الآية: تدل على جواز البر بين المشركين والمسلمين، وإن كانت الموالاة منقطعة»[٣].

وقال إمام الحرمين: «الوصية لا تقتضي الموالاة، ولا تعتمدها، ولست أدري ماذا كان يقول في الهبة من الحربي، وظاهر قياسه أنها كالوصية»[٤].

---

(١) المهذب (١/ ٤٥١).

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٦٩٢).

(٣) تفسير الرازي (٢٩/ ٥٢١).

(٤) نهاية المطلب (١١/ ٢٨٧).

الدليل الثاني:

أن في الوصية للحربي تقوية لهم على حربنا، وفي تكثير أموالهم إضرار للمسلمين، فصار كما لو أوصى بالسلاح لهم.

القول الثاني:

تصح الوصية للحربي، ويستثنى من ذلك آلة الحرب فلا يوصى له بها، واختاره عبد الوهاب البغدادي المالكية، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة(١).

جاء في منح الجليل: قال «عبد الوهاب: تجوز للمشركين - يعني الوصية - ولو أهل حرب»(٢).

قال الماوردي: «وأما الوصية للكافر فجائزة، ذميًا كان أو حربيًا»(٣).

وقال الشيرازي: «فإن وصى لحربي ففيه وجهان: الثاني: يصح، وهو المذهب؛ لأنه تمليك يصح للذمي فصح للحربي»(٤).

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ١٠١٥)، المنتقى للباجي (٦/ ١٧٨)، منح الجليل (٩/ ٥١١)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٨٣)، نهاية المطلب (١١/ ٢٨٧)، المهذب (١/ ٤٥١)، البيان للعمراني (٨/ ١٦١)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٧)، حاشية الجمل (٤/ ٤٣)، المغني (٦/ ١٢١)، المحرر (١/ ٣٨٣)، الإقناع (٣/ ٥٦)، الإنصاف (٧/ ٢٢١).

قال الخطيب في مغني المحتاج: (٣/ ٤٣): وكذا حربي معين - أي تصح الوصية له - بماله تملكه، لا كسيف ورمح. اهـ

(٢) منح الجليل (٩/ ٥١١).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٣).

(٤) المهذب (١/ ٤٥١).

وقال ابن قدامة: «وتصح الوصية للحربي في دار الحرب، نص عليه أحمد»[١].

وقال الحارثي من الحنابلة: إذا لم يتصف بالقتال والمظاهرة صحت، وإلا لم تصح[٢].

❑ دليل من قال: تصح الوصية للحربي:

الدليل الأول:

صحة الهبة للحربي بالإجماع، والوصية في معناها[٣].

وسيأتي في الأدلة ما يدل على صحة صلة الكافر الحربي.

قال الماوردي: «لما جازت الهبة للحربي، وهو أمضى عطية من الوصية، كان أولى أن تجوز له الوصية»[٤].

الدليل الثاني:

(ح-١٠٣٦) ما رواه الشيخان من طريق مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن **عمر بن الخطاب، رأى حلة سيراء عند باب المسجد، فقال: يا رسول الله، لو اشتريت هذه، فلبستها للناس يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك، فقال رسول الله ﷺ: إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة، ثم جاءت رسول الله ﷺ منها حلل، فأعطى عمر منها حلة، فقال عمر: يا رسول الله،**

---

(١) المغني (٦/ ١٢١).

(٢) الإنصاف (٧/ ٢٢٢).

(٣) المبدع (٥/ ٢٥١)، وانظر التمهيد (١٤/ ٢٦٢-٢٦٣).

(٤) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٣).

كسوتنيها، وقد قلت في حلة عطارد ما قلت، فقال رسول الله ﷺ: إني لم أكسكها لتلبسها، فكساها عمر أخًا له مشركا بمكة[١].

فدل الحديث على جواز الهدية والصلة للأقارب وإن كانوا كفارًا محاربين لقوله فكساها أخًا له مشركًا بمكة.

قال ابن عبد البر: «وفيه صلة القريب المشرك ذميًا كان أو حربيًا؛ لأن مكة لم يبق فيها بعد الفتح مشرك، وكانت قبل ذلك حربًا، ولم يختلف العلماء في الصدقة التطوع أنها جائزة من المسلم على المشرك قريبًا كان أو غيره، والقريب أولى ممن سواه، والحسنة فيه أتم وأفضل . . . وأما التطوع بالصدقة فجائز على أهل الكفر من القربات وغيرهم لا أعلم في ذلك خلافًا»[٢].

الدليل الثالث:

(ح-١٠٣٧) ما رواه البخاري من طريق هشام، عن أبيه، **عن أسماء بنت أبي بكر م، قالت: قدمت عليَّ أمي وهي مشركة في عهد رسول الله ﷺ، فاستفتيت رسول الله ﷺ، قلت: وهي راغبة، أفأصل أمي؟ قال: «نعم صلي أمك+**[٣].

ونوقش هذا الحديث والحديث الذي قبله:

أن هذا كان قبل أن يؤمر بقتال المشركين، ولا يجوز اليوم مهاداة المشركين ولا متاحفتهم إلا للأبوين خاصة؛ لأن الهدية فيها تأنيس للمهدى إليه، وإلطاف

---

(١) البخاري (٨٨٦)، ومسلم (٢٠٦٨).

(٢) التمهيد (١٤/ ٢٦٢)، وانظر طرح التثريب (٣/ ٢٢٧).

(٣) البخاري (٢٦٢٠)، ومسلم (١٠٠٣).

له، وتثبيت لمودته، وقد نهى الله عن التودد للمشركين بقوله: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ يُوَآدُّونَ﴾ [المجادلة: ٢٢] الآية، وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّى وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الممتحنة: ١] الآية. وإنما بعث عمر بالحلة إلى أخيه المشرك بمكة على وجه التأليف له على الإسلام؛ لأنه كان طمع بإسلامه، وكان التألف على الإسلام حينئذ مباحًا، وقد تألف رسول الله ﷺ صناديد قريش، وجعل الله للمؤلفة قلوبهم سهمًا فى الصدقات، وكذلك فعلت أسماء فى أمها»[١].

ويجاب:

بأن القول بأن صلة الكفار كانت مشروعة ونسخت، وأن الناسخ النهي عن موالاة الكافر وموادته قول ضعيف جدًا؛ لأن الهبة لا تعني الموالاة، وإلا لما جازت الوصية للذمي؛ لأن الذمي كافر، من جملة الكفار الذين تجب البراءة منهم، وعدم موالاتهم، وأما محبة الكافر، فإن كانت لكفره فهذه منافية للإيمان، وإن كانت محبة طبيعة كمحبة الولد والوالد والقريب، والزوجة الكافرة، ونحو هذا فإنه لا ينافي الإيمان، والله أعلم.

نعم لو قيل: إن هذه الأدلة تدل على جواز الصلة، ولا تدل على جواز الوصية، والمخالف قد يوجد فارقًا بينهما يمنع من الاحتجاج بالقياس لكان أولى من القول بالنسخ، مع أني أرى أن قياس الوصية على الهبة قياس صحيح بجامع أن كلا منهما من عقود التبرع، والله أعلم.

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٧/ ١٣٦).

❑ الراجح:

القول بصحة الوصية للحربي بشرطين:

أحدها: أن يكون ذلك لشخص بعينه، وليس جهة؛ لأنه لا يتصور أن يوصي المسلم لجهة تكون حربًا على المسلمين.

الثاني: أن يكون ذلك الشخص، وإن كان في دار الحرب إلا أنه لم يتصف بالقتال والمظاهرة على ما قال الحارث من الحنابلة، والله أعلم.

وكل من أجاز الوصية للكافر الحربي فهو يجيز الوصية للكافر المستأمن إن لم يكن أولى؛ كالشافعية والحنابلة؛ والقاضي عبد الوهاب من المالكية؛ لأن المستأمن هو محارب دخل دارنا، وطلب الأمان، فأعطي الأمان مؤقتًا.

قال القاضي عبد الوهاب المالكي في كتابه الإشراف: «كل من صح تمليكه بغير الوصية صح أن يملك بالوصية كالمعاهد والمستأمن»[(١)].

وأما من منع الوصية للكافر الحربي فلهم قولان في الوصية للكافر المستأمن

فالحنفية الذين منعوا الوصية للكافر الحربي أجازوا الوصية للمستأمن:

قال الكاساني: «وإن كان مستأمنًا فأوصى له مسلم أو ذمي، ذكر في الأصل أنه يجوز؛ لأنه في عهدنا، فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا»[(٢)].

ومنشأ ذلك: أن المستأمن فيه شبه من الذمي من جهتين:

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ١٠١٥)، وانظر المنتقى للباجي (٦/ ١٧٨)، المغني (٦/ ٢١٨)، معونة أولي النهى (٤/ ٤٤٢)، الإنصاف (٧/ ٢٢١).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

أحدهما: أنه في دار الإسلام، وليس في دار الحرب.

الثاني: أنه قد تم إعطاؤه الأمان، فلم يكن محاربًا بضم الميم وفتح الراء.

وأما من منع الوصية له فقد ألحقه بالحربي من جهة أن أمانه عارض ومؤقت، قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ١٠].

وأن المستأمن وإن كان في دارنا صورة إلا أنه من أهل الحرب حكمًا.





المبحث الثالث: الوصية للمرتد

[م-١٦٧٣] اختلف العلماء في الوصية للمرتد على قولين:

القول الأول:

لا تصح الوصية للمرتد، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، وقول مرجوح في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة[(١)].

جاء في الفتاوى الهندية: «ولا تجوز وصية المسلم للمرتد، كذا في فتاوى قاضي خان»[(٢)].

وجاء في منح الجليل: «فلا تصح - يعني الوصية - لكافر بمصحف . . . ولا لمرتد وحربي»[(٣)].

وفي المحرر: «وتصح الوصية للحربي، وفي المرتد وجهان»[(٤)].

❑ وجه القول بعدم الصحة:

أن المرتد يجب قتله، فلا معنى للوصية له، وعلل المالكية بأن أموال المرتد ليست له، وإنما هي للمسلمين.

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ٩٢)، منح الجليل (٩/ ٥٠٥، ٥١٢)، الذخيرة (٧/ ١٠)، شرح الخرشي (٨/ ١٧١)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٧)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٣)، الإنصاف (٧/ ٢٢١)، المحرر (١/ ٣٨٣)، المبدع (٥/ ٢٥١)، المغني (٦/ ١٢٢).

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ٩٢).

(٣) منح الجليل (٩/ ٥٠٥).

(٤) المحرر (١/ ٣٨٣).

القول الثاني:

تصح الوصية للمرتد إذا كان معينًا، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة[(١)].

قال إمام الحرمين: «ومما أجراه الشارحون الوصية للمرتد، قالوا: هي بمثابة الوصية للحربي؛ فإنه لا عاصم للمرتد من سيف الإسلام، كما لا عاصم للحربي، وقد ذكرنا أن الوصية للحربي جائزة في ظاهر القياس»[(٢)].

وقال أبو الخطاب الحنبلي في الهداية: «فإن أوصى لحربي أو مرتد صحت»[(٣)].

وفي الإنصاف: «تصح الوصية لكل من يصح تمليكه، من مسلم، وذمي، ومرتد وحربي»[(٤)].

وإنما اشترطوا أن تكون الوصية لمعين؛ لأنه لا يتصور أن يوصي لمن يرتد، فيكون شرط الاستحقاق الاتصاف بالردة، فهذا من الدعوة إلى الكفر.

قال الماوردي: «فأما وصية المرتد. فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يوصي لمن يرتد عن الإسلام، فالوصية باطلة؛ لعقدها على معصية.

---

(١) حاشية الجمل (٤/ ٤٣)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٦٠)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٨)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٧) الإنصاف (٧/ ٢٢١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٣)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٤٢)، كشاف القناع (٤/ ٣٥٣).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٩٥).

(٣) الهداية (ص٣٤٩).

(٤) الإنصاف (٧/ ٢٢١).

والثاني: أن يوصي بها لمسلم، فيرتد عن الإسلام بعد الوصية له، الوصية جائزة؛ لأنها وصية صادفت حال الإسلام.

والثالث: أن يوصي بها لمرتد معين ففي الوصية وجهان:

أحدها: باطلة. والثاني: جائزة»[١].

وقال العمراني: «ولا تصح الوصية بما لا قربة فيه، كالوصية لمن يرتد عن الدين ويقطع»[٢].

والمقصود بقوله: (**ولا تصح بما لا قربة فيه**) أي يشترط انتفاء المعصية، وليس معناه وجود القربة في الوصية، ولهذا صحح الوصية للمعين، ولو كان حربيًا أو مرتدًا.

❏ وجه القول بصحة الوصية للمرتد:

الوجه الأول:

القياس على صحة الوصية للحربي، فإذا جازت الوصية للحربي على الصحيح مع أنه مستحق للقتل، جازت الوصية للمرتد كذلك.

الوجه الثاني:

القياس على صحة الهبة له، والبيع منه وعليه.

❏ الراجح:

أهلية المرتد أهلية كاملة، فإذا كان يصح تمليكه صح أن يوصى له، والله أعلم.

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٣).

(٢) البيان للعمراني (٨/ ١٦١).



الشرط السادس
ألا يكون الموصى له قاتلًا للموصي

[م-١٦٧٤] اختلف الفقهاء في اشتراط كون الموصى له غير قاتل للموصي، ونظرًا لكثرة الأقوال والتفاصيل في كل مذهب أرى أنني بحاجة أولًا إلى تحرير المسألة في كل مذهب على حدة، ثم استخلص الأقوال في المسألة، وبعد ذلك نأتي على ذكر الأدلة، وبيان الراجح.

تحرير مذهب الحنفية:

لا تصح الوصية للقاتل إن كان مكلفًا، سواء كانت الوصية قبل الجناية أو بعدها، وسواء كان القتل عمدًا أو خطأ إذا كان على سبيل المباشرة، بخلاف المتسبب؛ لأنه غير قاتل حقيقة، وإن أجاز الورثة الوصية جازت خلافًا لأبي يوسف، وكذا تصح الوصية إن لم يكن هناك وارث، أو كان القاتل صبيًا أو مجنونًا[(١)].

جاء في الهداية: «ولا تجوز - يعني الوصية - للقاتل عامدًا كان أو خاطئًا بعد أن كان مباشرًا . . . ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا تجوز»[(٢)].

وقال ابن عابدين: «قوله: (ولا قاتل) أي مباشرة كالخاطئ والعامد بخلاف

(١) المبسوط (٢٧/ ١٧٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٩)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٣)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤١٢)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٢)، البناية (١٣/ ٣٩٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤٩).

(٢) الهداية (٤/ ٥١٤)،

المتسبب، لأنه غير قاتل حقيقة، وهذا إذا كان ثمة وارث وإلا صحت، وكان القاتل مكلفًا، وإلا فتصح للقاتل لو صبيًا أو مجنونًا»[١].

تحرير مذهب المالكية:

إن كان القتل بعد الوصية، فإن كان القتل خطأ صحت الوصية مطلقًا في مال الموصي دون ديته، من غير فرق بين كون الجناية قبل الوصية أو بعدها.

وإن قتله عمدًا فإن كانت الجناية بعد الوصية لم تصح الوصية مطلقًا، لا في مال ولا في دية.

وإن كانت الوصية بعد الجناية، فإما أن يعلم أن الموصى له هو الجاني أو لا يعلم.

فإن علم الموصي صحت الوصية للقاتل عمدًا كان أو خطًأ، وتكون الوصية في المال والدية في جناية الخطأ؛ لعلم الموصي بالدية في جناية الخطأ قبل موته، كما تكون الوصية في المال فقط في جناية العمد دون الدية؛ لأنه مال لم يعلم به الموصي، لأن دية قتل العمد لا تجب إلا بعد الموت، وبعد اختيار أولياء الدم الدية، وهذا لم يعلم به الموصي، إلا أن ينفذ قاتله مقاتله مثل أن يقطع نخاعه، أو مصرانه، ويبقي حيًا فترة يتكلم، فقبل أولاده الدية وعلمها الموصي، فأوصى دخلت الدية في الوصية.

وإن لم يعلم الموصي بالجاني، فقال ابن القاسم: لا شيء له.

وقال محمد هي نافذة له علم أو لم يعلم، هذا ملخص مذهب المالكية[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤٩)، وانظر (٦/ ٦٥٦).

(٢) المدونة (٦/ ٣٤-٣٥)، الذخيرة (٧/ ٢٨)، الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٨/ ٥٨)، منح الجليل (٩/ ٥١٢).

جاء في التاج والإكليل: «إن أوصى له بعد ضربه وعلم به، فإن كانت الضربة خطأ جازت الوصية في المال والدية، وأما في العمد فتجوز في ماله دون الدية لأن قبول الدية كمَالٍ لم يعلم به. (وإلا فتأويلان). اللخمي: إن أوصى بعد الجناية عمدًا، ولم يعلم أنه قاتله، فقال ابن القاسم: لا شيء له. وقال محمد: هي نافذة له علم أو لم يعلم»[(١)].

وفيه أيضًا: «لو أنفذ قاتله مقاتله، مثل أن يقطع نخاعه، أو مصرانه، وبقي حيًا يتكلم، فقبل أولاده الدية، وعلمها، فأوصى فيها، لدخلت فيها وصاياه؛ لأنه مال طرأ له، وعلمه قبل زهوق نفسه، فوجب أن تجوز فيه وصاياه»[(٢)].

تحرير مذهب الشافعية:

في جواز الوصية للقاتل قولان عند الشافعية، أظهرهما صحة الوصية للقاتل مطلقًا، ولو كان متعديًا[(٣)].

قال النووي في الروضة: «في صحة الوصية للقاتل قولان. أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني: الصحة، كالهبة. وسواء كان القتل عمدًا أو خطأ، بحق أم بغيره. وقيل: القولان في القتل ظلمًا ... والمذهب الصحة مطلقًا»[(٤)].

---

(١) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٨).

(٢) المرجع السابق (٦/ ٢٥٥).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ١٠٧)، نهاية المطلب (١١/ ٢٨٥)، البيان للعمراني (٨/ ١٦٢-١٦٣)، أسنى المطالب (٣/ ٣٢)، تحفة المحتاج (٧/ ١٣-١٤)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣).

(٤) روضة الطالبين (٦/ ١٠٧).

وقال إمام الحرمين: «الوصية للقاتل، وفيها قولان مشهوران: أحد القولين - أنها تصح، وهو القياس . . .»[١].

وجاء في أسنى المطالب: «وكذا القاتل، ولو تعديا تصح الوصية له، بأن أوصى لجارحه ثم مات بالجرح، أو لإنسان فقتله؛ لعموم الأدلة؛ ولأنها تمليك بصيغة كالهبة والبيع بخلاف الإرث، وأما خبر (ليس للقاتل وصية) فضعيف، ولو صح حمل على وصيته لمن يقتله فإنها باطلة»[٢].

تحرير مذهب الحنابلة:

في الوصية للقاتل إذا كان القتل مضمونًا بقصاص أو دية أو كفارة ولو كان خطأ ثلاثة أوجه في مذهب الحنابلة:

أحدها: أن الوصية صحيحة مطلقًا، سواء أوصى قبل الجناية أو بعدها، وبه قال ابن حامد.

الثاني: ليست صحيحة مطلقًا، وبه قال أبو بكر.

الثالث: إن كانت الوصية بعد الجناية صحت، وإن كانت قبلها لم تصح، وبه قال أبو الخطاب، وهو المشهور من مذهب الحنابلة[٣].

قال في الإنصاف: «تلخص لنا في صحة الوصية للقاتل ثلاثة أوجه:

الصحة مطلقا. اختاره ابن حامد.

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ٢٨٥).

(٢) أسنى المطالب (٣/ ٣٢).

(٣) الإنصاف (٧/ ٢٣٣)، المغني (٦/ ١٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٦).

وعدمها مطلقا. اختاره أبو بكر.

والفرق بين أن يوصى له بعد الجرح: فيصح، وقبله: لا يصح. وهو الصحيح من المذهب»[١].

وقال ابن قدامة: «واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه:

فقال ابن حامد: تجوز الوصية له. واحتج بقول أحمد، في من جرح رجلًا خطأ، فعفا المجروح. فقال أحمد: يعتبر من ثلثه. قال: وهذه وصية لقاتل . . . ولأن الهبة له تصح، فصحت الوصية له، كالذمي.

وقال أبو بكر: لا تصح الوصية له؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده، بطل تدبيره، والتدبير وصية . . . لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية أولى، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، فيمنعها ما يمنعه.

وقال أبو الخطاب: إن وصى له بعد جرحه، صح، وإن وصى له قبله، ثم طرأ القتل على الوصية، أبطلها جمعًا بين نصي أحمد في الموضعين . . . ولأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها، بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها . . .»[٢].

إذا وقفت على الروايات في كل مذهب، نأتي على خلاصة الأقوال في المسألة:

---

(١) الإنصاف (٧/ ٢٣٣).

(٢) المغني (٦/ ١٢٦).

القول الأول:

لا تصح الوصية للقاتل مطلقًا، عمدًا كان أو خطأ. وهذا مذهب الحنفية، وقول في مذهب الشافعية، واختيار أبي بكر من الحنابلة.

القول الثاني:

تصح الوصية للقاتل مطلقًا، وهذا مذهب الشافعية، واختيار ابن حامد من الحنابلة.

القول الثالث:

إن كانت الوصية بعد الجناية صحت الوصية، وإن كانت الوصية قبل الجناية لم تصح، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة.

القول الرابع:

إن كان القتل خطأ صحت الوصية مطلقًا، تقدمت الوصية أو تأخرت، وكانت الوصية في المال والدية؛ لأن القاتل لم يتعمد الجناية.

وإن كانت الجناية عمدًا كان في ذلك تفصيل:

إن كانت الوصية قبل الجناية بطلت الوصية، وإن كانت الوصية بعد الجناية، فإن علم الموصي بالجاني صحت الوصية، وكانت في المال دون الدية، وإن لم يعلم ففي المسألة قولان. وهذا مذهب المالكية في الجملة.

❑ دليل من قال ببطلان الوصية للقاتل:

الدليل الأول:

(ح-١٠٣٨) ما رواه الطبراني في الأوسط من طريق محمد بن مصفى، حدثنا

بقية، عن مبشر بن عبيد، عن حجاج بن أرطأة، عن عاصم، عن زر، عن علي قال: سمعت رسول الله ق يقول: ليس لقاتل وصية[١].

[موضوع][٢].

---

(١) المعجم الأوسط (٨٢٧١).

(٢) في إسناده مبشر بن عبيد، قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث، يضع الحديث، وكانت هذه علة كافية لإسقاط الرواية، وفيه مع ذلك علتان:
أحدهما ضعف حجاج بن أرطأة، والثانية الاختلاف في إسناده:
فقد رواه أحمد بن مصفى كما في رواية الباب عند الطبراني في الأوسط (٨٢٧١) ثنا بقية، عن مبشر بن عبيد، عن حجاج بن أرطأة، عن عاصم، عن زر، عن علي.
ورواه أبو عتبة أحمد بن الفراج، واختلف عليه في إسناده:
فرواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٦٠) من طريق أبي العباس الأصم، عن أبي عتبة أحمد بن الفرج، ثنا بقية، ثنا مبشر بن عبيد به، كإسناد الطبراني.
ورواه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٦) أخبرنا أحمد بن إبراهيم بن حبيب الرزاد، أخبرنا أبو عتبة أحمد بن الفرج.
ورواه ابن أبي عاصم في الديات (ص٦٣) عن عبد الوهاب بن نجدة، كلاهما عن بقية بن الوليد، أخبرنا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة، عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي بن أبي طالب.
فجعلوه من رواية الحكم عن ابن أبي ليلى عن علي، بدلًا من عاصم، عن زر، عن علي.
وقال ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٢٦٢): «وهذا إسناد واه باتفاق الحفاظ، (بقية) عرفت حاله فيما مضى، وقد رواه عن ضعيف وضاع وهو (مبشر بن عبيد)، وحجاج ضعيف».
وقال ابن حجر في التلخيص ط القرطبة (٣/ ١٩٧): «إسناده ضعيف جدًا، قاله عبد الحق، وابن الجوزي، وأما قول إمام الحرمين: ليس هذا الحديث في الرتبة العالية من الصحة، فعجيب، فإنه ليس له في أصل الصحة مدخل، فمداره على مبشر بن عبيد، وقد اتهموه بوضع الحديث».

الدليل الثاني:

قياس الوصية على الميراث، لكونهما تمليكًا مضافًا إلى ما بعد الموت، فالوصية والقرابة سببان للتملك، إلا أن أحدهما استخلاف شرعي، والآخر بفعل العبد، فإذا كان الوارث لو قتل مورثه حرم من الميراث باعتبار القتل جناية عظيمة تستدعي الزجر، فكذا الموصى له لو قتل الموصي حرم من الوصية زجرًا له.

ولأن المعنى في بطلان الوصية للوارث القاتل أن الورثة تتأذى من مشاركة القاتل تركة أبيهم، وهذا المعنى موجود في الوصية للقاتل، ولا فرق في هذا بين أن تتقدم الوصية على الجرح أو تتأخر عنه؛ لأن الوصية إنما تقع تمليكًا بعد الموت، فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت[1].

ويناقش:

هناك فرق بين الوصية والميراث، فالميراث الملك فيه قهري، ولا يفتقر إلى قبول بخلاف الوصية، فإن الملك فيها يفتقر إلى قبول، والملك فيها اختياري، والميراث لا يصح مع اختلاف الدين بخلاف الوصية، ويمنع القاتل من الميراث حتى ولو عفى المقتول عن القاتل، ولو عفى الموصي عن الجاني، وأوصى له بعد الجناية صحت عند أكثر الفقهاء؛ وعللوا ذلك بأن الوصية لم يطرأ عليها ما يبطلها، وليس متهمًا باستعجال الوصية، بخلاف ما إذا تقدمت، ولو عفى الوارث عن القاتل لم يرث، ولو أجاز الوارث الوصية للقاتل صحت الوصية عند الحنفية.

(١) انظر بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٩)، المبسوط (٢٧/ ١٧٧)، وتقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (٣/ ٢٥٢).

❏ دليل من قال: تصح الوصية للقاتل:

الدليل الأول:

قال الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

وجه الاستدلال:

أن الآية مطلقة، والأصل في الدليل المطلق والعام أن يبقى على إطلاقه وعمومه، ولا يقيد المطلق ولا يخصص العام إلا دليل مثله متلقى من الشارع، ولا يوجد دليل على إخراج القاتل، والحديث الوراد في إخراج القاتل قد تبين فيما سبق أنه حديث موضوع، فلا يصح مقيدًا للآية الكريمة.

الدليل الثاني:

أن الوصية عقد تمليك يفتقر إلى القبول، فإن كان القتل بعد الوصية لم يمنع القتل من صحة الوصية كسائر التمليكات من بيع وهبة ونحوها، وإن كانت الوصية بعد القتل اعتبر ذلك من دفع السيئة بالحسنة، وهو أمر محمود.

الدليل الثالث:

قياس الوصية على الهبة، فإذا كان القتل لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية.

❏ دليل الحنابلة في التفريق بين الوصية قبل الجناية وبعدها:

الدليل الأول:

أن الوصية بعد الجناية لم يطرأ عليها ما يبطلها، أما قبلها فقد طرأ القتل عليها فأبطلها؛ لأنه يبطل ما هو آكد منها، وهو الميراث.

الدليل الثاني:

أن الجناية إذا سبقت الوصية لم يتهم باستعجالها بقتل الموصي، بخلاف ما إذا كانت الجناية بعد الوصية فإنه مظنة التهمة باستعجال الوصية عن طريق القتل، فيعامل بنقيض قصده.

❑ دليل المالكية على مذهبهم:

أن الوصية إن كانت قبل الجناية، وكان القتل عمدًا بطلت الوصية؛ لأن الموصى له متهم باستعجال الوصية عن طريق القتل.

وأما إن كانت الوصية بعد الجناية وعلم الموصي بالجاني صحت الوصية عمدًا كانت الجناية أو خطأ؛ لأن الموصى له لا يتهم باستعجال الوصية، فهو أراد دفع الإساءة بالإحسان، وهو أمر محمود.

فإن كان القتل خطأ كانت الوصية في المال والدية؛ لعلم الموصي بالدية في جناية الخطأ قبل موته.

وتكون الوصية في المال فقط في جناية العمد دون الدية؛ لأن الدية مال لم يعلم به الموصي، لأن دية قتل العمد لا تجب إلا بعد الموت، وبعد اختيار أولياء الدم الدية، وهذا لم يعلم به الموصي، ولهذا لو أن القاتل أنفذ مقاتله، وعلم أنه ميت لا محالة، وبقي حيًا فترة يتكلم، فقبل أولاده الدية وعلمها الموصي قبل موته، فأوصى دخلت الدية في الوصية[1].

---

(١) المدونة (٦/ ٣٤-٣٥)، الذخيرة (٧/ ٢٨)، الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٨/ ٥٨)، منح الجليل (٩/ ٥١٢).

وقال ابن رشد: مما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن وصية المقتول عمدًا لا تدخل في ديته إن قبلها ولاته؛ لأنه مال لم يعلم به»[(١)].

وجاء في التاج والإكليل: «لو أنفذ قاتله مقاتله، مثل أن يقطع نخاعه، أو مصرانه، وبقي حيًا يتكلم، فقبل أولاده الدية، وعلمها، فأوصى فيها، لدخلت فيها وصاياه؛ لأنه مال طرأ له، وعلمه قبل زهوق نفسه، فوجب أن تجوز فيه وصاياه»[(٢)].

ولأن عمر رضي الله عنه أوصى حين طعن، وعلم أنه ميت، فجازت وصيته، قال ابن رشد: «ولا اختلاف في إجازة وصية من أنفذت مقاتله؛ لما ثبت من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحضرة جماعة الصحابة، وبالله التوفيق»[(٣)].

❑ الراجح:

أن الوصية إن كانت بعد الجناية صحت مطلقًا عمدًا كانت الجناية أو خطأ، في المال والدية؛ لأن الجميع مال للموصي، والعلم ليس شرطًا في نفاذ الوصية، ولذلك لو كان للموصي مال ضائع، ثم وجد بعد وفاته دخل في الوصية.

وإن كانت الوصية قبل الجناية، فإن كانت عمدًا بطلت الوصية، وإن كانت خطأ صحت، وكون القتل مضمونًا في الخطأ لا يلحقه في العمد لغياب قصد الجناية، والله أعلم.

---

(١) البيان والتحصيل (١٣/ ٢٦٧).
(٢) المرجع السابق (٦/ ٢٥٥).
(٣) البيان والتحصيل (١٥/ ٩٢).



الشرط السابع
أن لا يكون الموصى له جهة معصية

[م-١٦٧٥] اختلف الفقهاء في اشتراط ألا يكون الموصى له جهة معصية على قولين:

القول الأول:

التفريق بين وصية المسلم ووصية الذمي: فإذا أوصى الذمي بما ليس معصية عنده، وإن كان معصية في حكم الإسلام صحت الوصية كأن يوصي ببناء الكنائس، وطبع كتب التوراة والإنجيل، وهذا قول أبي حنفية، وقول في مذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة[1].

جاء في مواهب الجليل: «لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله للكنيسة، ولا وارث له، قال: يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله، وثلثاه للمسلمين»[2].

وقال الزيلعي: «إذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين فعند أبي حنيفة ﷺ يجوز، وعندهما لا يجوز وإن كان لقوم معينين يجوز بالإجماع»[3].

«وجه قول أبي حنيفة ﷺ: أن المعتبر في وصيتهم ما هو قربة عندهم، لا ما هو قربة حقيقة؛ لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقة»[4].

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٩٤)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

(٢) مواهب الجليل (٦/ ٣٦٦).

(٣) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥).

(٤) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).

وجاء في الإنصاف: «وروي عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على صحة الوصية من الذمي لخدمة الكنيسة.

وقال في الرعاية: ولا تصح لكتب توراة وإنجيل على الأصح، وقيل: إن كان الموصي بذلك كافرا: صح، وإلا فلا»(١).

القول الثاني:

لا يصح، وهذا قول الجمهور، وبه قال صاحبا أبي حنيفة(٢).

جاء في الحاوي الكبير: «وأما الوصية للبيع، والكنائس، فباطلة، لأنها مجمع معاصيهم. وكذلك الوصية بكتب التوراة والإنجيل، لتبديلها وتغييرها. وسواء كان الموصي مسلما أو كافرًا»(٣).

وجاء في الإقناع في فقه الإمام أحمد: «ولا يصح - يعني الوقف - على كنائس وبيوت نار وبيع وصوامع وديورة ومصالحها، ولو من ذمي، بل على من ينزلها من مار ومجتاز بها فقط، ولو كان من أهل الذمة، ولا على كتابة التوراة والإنجيل ولو من ذمي، ووصية كوقف»(٤).

فقوله: ووصية كوقف: أي لا يصح أن يوصي على الكنائس وكتابة التوراة والإنجيل، ولو كان الموصي ذميًا.

---

(١) الإنصاف (٧/ ٢٤٥-٢٤٦).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٦)، نهاية المطلب (١١/ ٢٩٧)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٤)، الإقناع (٣/ ٤)، كشاف القناع (٤/ ٢٤٧).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٤).

(٤) الإقناع (٣/ ٤).

وقال في كشاف القناع: «(ووصية كوقف في ذلك) المذكور مما تقدم، فتصح فيما يصح الوقف عليه، وتبطل فيما لا يصح عليه»[١].

وجاء في بدائع الصنائع: «وإن كان شيئًا هو قربة عندهم لا عندنا، بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة، أو بيت نار أو بعمارة البيعة، أو الكنيسة، أو بيت النار، أو بالذبح لعيدهم ... فهو على الاختلاف الذي ذكرنا: إن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز، وعندهما لا يجوز.

وجه قولهما: أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية، والوصية بالمعاصي لا تصح»[٢].

وتعقب هذا:

القول بأن هذه الوصية معصية فلا تصح: هل المقصود بأنه معصية باعتقادهم أو معصية باعتقادنا؟

فإن كان المقصود باعتقادهم فالكنائس قربة عندهم، وإن كان المقصود معصية باعتقادنا فهذا ليس بشيء؛ لأن هذا لو كان مانعًا لما جاز قبول الجزية منهم؛ لأنه تقرير لكفرهم، وبقائهم عليه[٣].

ولأن الكافر ليس من أهل الثواب حتى نشترط القربة، وهو لم يوص لمن يعتقد حرمته، وإنما أوصى به لأهل الذمة، فيجب تنفيذ وصاياهم بحسب اعتقادهم، ولذلك نصحح التصرف فيما بينهم من بيع الخمر والخنزير بناء على

---

(١) كشاف القناع (٤/ ٢٤٧).
(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤١).
(٣) انظر الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٨٤).

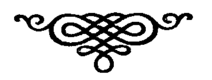
اعتقادهم، وليس بناء على حكمنا[١].

نعم لو طلبوا حكمنا حكمنا بينهم بما أنزل الله، وليس بمقتضى اعتقادهم.

قال إمام الحرمين: «ولو أوصى بما يكون قربة عندهم، معصية عندنا كعمارة الكنائس والبيع وبيت النيران، فالوصية إذا رفعت إلينا، أبطلناها»[٢].

واستثنى صاحبا أبي حنيفة أن تكون الوصية لأقوام بأعيانهم فتصح؛ لأن هذا من باب التمليك[٣].

وسبق لنا الكلام على هذه المسألة باستكمال أقسامها بشيء من التفصيل، والله أعلم.



(١) انظر المبسوط (٢٨/ ٩٤).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٢٩٧).

(٣) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، المبسوط (٢٨/ ٩٤).

الباب الخامس
في شروط الموصى به

الشرط الأول
في اشتراط مالية الموصى به

سبق لنا في عقد البيع أن تكلمنا عن المال، وعن الخلاف بين الجمهور والحنفية في حقيقته، فالمنافع والديون لا تعتبر مالًا عند الحنفية خلافًا للجمهور، واشتراط الطهورية في الأعيان المبيعة ليست شرطًا عند الحنفية خلافًا للجمهور، والكلب مال متقوم عند الحنفية مطلقًا معلمًا كان أو غير معلم، وليس مالًا عند الشافعية والحنابلة مطلقًا، والمالكية على التفريق بين المعلم وغيره.

لهذا ونحن نبحث اشتراط مالية الموصى به ينبغي أن نتصور كل هذا الخلافات بين الفقهاء.

ولما كان في عقد البيع تشترط مالية العوضين؛ لأنه من عقود المعاوضة، فهل تشترط المالية في عقود التبرعات كالوصية، فعقد التبرع أوسع من عقد المعاوضة، فإذا أوصى بما ليس مالًا كالوصية بالكلب، أو الوصية بشيء نجس، أو أوصى بما لا يصح بيعه كالوصية بمجهول أو معدوم، فهل تصح هذه الوصية؟

وقبل الجواب على هذا السؤال كان علينا البحث في اشتراط مالية الموصى به، ثم نفرع على هذا البحث الدخول في فروع هذه المسألة، والله أعلم.

[م-١٦٧٦] وقد اختلف الفقهاء في اعتبار اشتراط المالية للموصى به.

القول الأول:

اشترط الحنفية أن يكون الموصى به قابلًا للتملك بعقد من العقود، ومحل الملك هو المال المتقوم عندهم، فلا تصح الوصية بما لا يملك، كالخمر، والميتة، والدم، ولا تصح الوصية بما ليس مالًا كالجلد قبل الدبغ.

قال ابن نجيم: «وكون الموصى به شيئًا قابلًا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما»(١).

وفي رد المحتار: وكون الموصى به قابلًا للتملك بعد موت الموصي بعقد من العقود مالا أو نفعًا موجودًا للحال أم معدومًا»(٢).

وجاء في بدائع الصنائع: «وأما الذي يرجع إلى الموصى به، فأنواع منها: أن يكون مالًا، أو متعلقًا بالمال؛ لأن الوصية إيجاب الملك، أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع، والهبة، والصدقة، والإعتاق، ومحل الملك هو المال، فلا تصح الوصية بالميتة، والدم من أحد ولأحد؛ لأنهما ليس بمال في حق أحد، ولا بجلد الميتة قبل الدباغ، وكل ما ليس بمال»(٣).

ويناقش:

بأن حقيقة الوصية: هي نقل ملكية الأشياء من الموصي إلى الموصى له عن طريق التبرع، فإذا كان يصح تملك الجلد قبل الدبغ، فلماذا يمنع من الوصية به،

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٤٦٠).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤٩).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٢).

فإذا كان مثل هذا يقبل التوريث، والتوريث نقل للملكية فكذا الوصية به، نعم لو كان جلد الميتة قبل الدبغ لا يصح تملكه لكان القول بمنع الوصية به قولًا صحيحًا.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أنه يشترط في الموصى به شرطان:

أحدهما: أن يكون مما يصح أن يتملكه الموصى له، ولم يشترطوا أن يكون هذا التملك بعقد من العقود كالحنفية. والأشياء التي تقبل التملك أعم من أن تكون مالًا:

فكل مال يصح تملكه، وليس كل ما يصح تملكه فهو مال، فالأعيان النجسة يصح تملكها، وليست مالًا عند الجمهور، كما صرحوا أن الوصية تصح في الموجود والمعدوم، والدين وغيره، والعين، والمنفعة، والمقدور على تسليمه وغير المقدور على تسليمه، وتصح بالمجهول والمعلوم، ولا تصح الوصية بما لا يصح تملكه كالخمر.

الثاني: إذا كانت الوصية بالمال فيشترط أن يكون فيما يحل صرفه فيه، فلا تجوز الوصية بالنياحة على الميت، ولا أن يوصي بمال لمن يصوم أو يصلي عنه.

قال ابن عرفة كما في التاج والإكليل: «الموصى به كل ما يملكه من حيث الوصية به، فتخرج الوصية بالخمر وبالمال فيما لا يحل صرفه فيه، وسمع عيسى جواب ابن القاسم عمن أوصى بمناحة ميت أو لهو عرس لا ينفذ ذلك . . . لأن النياحة على الميت محرمة.

وفي الموازية: من أوصى بمال لمن يصوم عنه لم يجز ذلك. ابن عتاب: وكذلك لمن يصلي عنه»[١].

وقال الخرشي: «الموصى به: هو كل ما يصح أن يتملكه الموصى له، فلا تصح بخمر ونحوه»[٢].

وقال أيضًا: «الكافر تصح وصيته لانطباق الحد عليه إذا هو حر مميز، مالك إلا إذا أوصى بشيء لا يملكه المسلم كخمر ونحوه، أما إن أوصى بذلك لكافر فإن وصيته تصح»[٣].

وجاء في شرح ميارة: «الوصية تصح بكل مملوك، حتى الثمر في رؤوس الشجر، والدين في الذمة، والحمل ظاهرًا كان أو لم يظهر، وإن كان في ذلك غرر؛ لأنه تبرع، والغرر فيه جائز قال في الجواهر: وتصح الوصية بكل مملوك يقبل النقل، ولا يشترط كونه موجودًا أو عينًا، بل تصح الوصية بالحمل، وثمرة الشجر، والمنفعة، ولا كونه معلومًا، ولا مقدورًا عليه، بل تصح بالحمل كما تقدم، وتصح بالمغصوب، والمجاهيل، ولا كونه معينًا إذ تصح بأحد العبيد، ولا تصح بما لا تملكه كالخمر»[٤].

وكثير من هذه الأمثلة ستكون محل دراسة مستقلة إن شاء الله تعالى، ولكن أردت من هذا السرد أن نعرف موقف المالكية من اشتراط مالية الموصى به.

---

(١) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٨).
(٢) الخرشي (٨/ ١٦٨).
(٣) المرجع السابق.
(٤) شرح ميارة (٢/ ٢١٧).

القول الثالث:

ذكر إمام الحرمين ضابطًا لما يصح أن يوصى به، أن كل ما يتعلق به حق الإرث تتعلق الوصية به إذا انتفع الموصى له انتفاع الوارث، فصحح الوصية بالكلب الذي يصح اقتناؤه، وإن كان لا يصح بيعه، قال إمام الحرمين: «وعماد جواز الاقتناء الانتفاع المشروع، ثم البيع وإن كان ممتنعا، فالوصية جائزة؛ فإن البيع يستدعي الملك المطلق التام، والوصية لا تقتضي ذلك، بل أقرب معتبر فيها الوراثة، فكل ما يتعلق به حق الإرث تتعلق الوصية به إذا انتفع الموصى له انتفاع الوارث»[1].

هذا من حيث الإجمال أما من حيث التفصيل:

فذكر الشافعية في الموصى به شروطًا:

أحدها: أن يكون فيه منفعة مقصودة، فالوصية في الأشياء التي لا نفع فيها عبث، وهذا الشرط يشمل الأعيان والمنافع.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة مباحة، فلا تصح الوصية بمنفعة محرمة كآلات اللهو ونحوها.

وإباحة الانتفاع أعم من المال، فكل مالٍ يباح الانتفاع به، وليس كل ما يباح الانتفاع به فهو مال، ولذلك صححوا الوصية بكلب قابل للتعليم، وإن لم يكن الكلب مالًا.

الشرط الثالث: أن يقبل النقل من شخص لآخر، فما لا يقبله لا تصح الوصية

(١) نهاية المطلب (١١/ ١٦٩).

به، كالقصاص وحد القذف، فإنهما وإن انتقلا بالإرث لا يتمكن مستحقهما من نقلهما.

فهذه الشروط تدل على أن الشافعية لا يشترطون في الموصى به أن يكون مالًا، فصححوا الوصية بنجاسة يحل الانتفاع بها ككلب يقبل التعليم، وزبل، وخمر محترمة: وهي ما عصرت بقصد التخليل، وصححوا الوصية بالمجهول كالحمل الموجود في البطن، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء، والعبد الآبق، وبالمعدوم.

قال الغزالي: «الركن الثالث: في الموصى به، ولا يشترط فيه أن يكون مالًا فيصح الوصية بالزبل، والكلب، والخمر المحرمة، ولا كونه معلومًا فيصح الوصية بالمجهول.

ولا كونه مقدورًا على تسليمه فيصح الوصية بالآبق، والمغصوب، والحمل، وهو مجهول وغير مقدور عليه.

ولا كونه معينًا فتصح الوصية بأحد العبدين»[١].

جاء في أسنى المطالب: «الركن الثالث: الموصى به، وشرطه أن يكون مقصودًا يحل الانتفاع به، فلا تصح الوصية بدم ونحوه مما لا يقصد، ولا بمزمار ونحوه مما لا ينتفع به شرعا؛ لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة»[٢].

وجاء في نهاية المحتاج: «وللموصى به شروط منها: كونه قابلًا للنقل بالاختيار، فلا تصح بنحو قود، وحد قذف لغير من هو عليه . . . ولا بحق تابع

---

(١) الوسيط (٤/ ٤١٦).

(٢) أسنى المطالب (٣/ ٣٤).

للملك كخيار، وشفعة لغير من هي عليه لا يبطلها التأخير لنحو تأجيل الثمن. وكونه مقصودًا بأن يحل الانتفاع به شرعًا.

وتصح بالحمل الموجود، واللبن في الضرع، وبكل مجهول، ومعجوز عن تسليمه وتسلمه . . . وبالمنافع المباحة وحدها مؤبدة ومطلقة ولو لغير الموصى له بالعين؛ لأنها أموال تقابل بالعوض كالأعيان[١].

قال الشافعي في الأم: «ولو قال: أعطوا فلانًا كلبًا من كلابي، وكانت له كلاب، كانت الوصية جائزة؛ لأن الموصى له يملكه بغير ثمن، وإن استهلكه الورثة، ولم يعطوه إياه، أو غيرهم لم يكن له ثمن يأخذه؛ لأنه لا ثمن للكلب»[٢].

وقال الشيرازي: «فإن وصى بما تحمله الجارية، أو الشجرة صحت الوصية؛ لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية. .»[٣].

وقال الأنصاري: «ولا يشترط في الموصى به أن يكون طاهرًا، نعم الشرط كونه يجوز الانتفاع به، كالزبل، والكلب الذي يجوز اقتناؤه، والزيت النجس؛ لأن هذه الأمور اختصاصات تنتقل إلى الورثة، فيجوز نقلها إلى الموصى له»[٤].

---

(١) نهاية المحتاج (٦/ ٥٠-٥١).
(٢) الأم (٤/ ٩١).
(٣) المهذب (١/ ٤٥٢).
(٤) كفاية الأخيار (ص٣٤١).

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

مذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية، والضابط عندهم: أن كل شيء ينتقل بالإرث فإنه ينتقل بالوصية، ولو لم يكن مالًا.

قال في كشاف القناع: «وتصح الوصية بمجهول كعبد وثوب؛ لأن الموصى له شبيه بالوارث من جهة انتقال شيء من التركة إليه مجانًا، والجهالة لا تمنع الإرث؛ فلا تمنع الوصية»[(١)].

كما صرح الحنابلة بجواز الوصية بكل ما فيه نفع مباح، ولو لم يكن مالًا، كما صححوا الوصية بما لا يقدر على تسليمه، كالعبد الآبق، والجمل الشارد، والطير في الهواء، والسمك في الماء، وصححوا الوصية بالمعدوم، وبغير المال من الحقوق.

جاء في الإنصاف: وتصح - يعني الوصية - بما فيه نفع مباح من غير المال، كالكلب، والزيت النجس . . .»[(٢)].

جاء في المحرر: «وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه، وبما تحمل أمته أو شجرته أبدًا أو إلى مدة، فإن حصل منه شيء وإلا بطلت فيه الوصية.

وتصح بغير المال مما يباح نفعه، كالكلب المعلم، والزيت النجس ونحوهما»[(٣)].

وقال ابن قدامة: «وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه، كالعبد الآبق،

---

(١) كشاف القناع (٤/ ٣٦٩).

(٢) الإنصاف (٢٥٢).

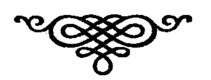
(٣) المحرر (١/ ٣٨٦).

والجمل الشارد، والطير في الهواء، والسمك في الماء؛ لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، وهذا يورث، فيوصى به؛ فإن قدر عليه أخذه، وسلمه إذا خرج من الثلث، وللوصي السعي في تحصيله، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث»[1].

❑ والراجح:

أن كل شيء يمكن انتقاله بالإرث من الأموال وغيرها من الحقوق تصح الوصية به، واشتراط الحنفية أن يكون مالًا بحيث منعوا من الوصية بالجلد قبل الدبغ باعتبار أنه ليس بمال قول ضعيف، والله أعلم.

إذا علم هذا في الجملة فسوف نناقش إن شاء الله تعالى على وجه التفصيل الوصية ببعض الأشياء التي يختلف في صحة الوصية بها في المباحث التالية، والتي قد تكون متفرعة عن هذا الشرط، والله أعلم.



(١) المغني (٦/ ٩٥).



المبحث الأول: الوصية بالدين

[م-١٦٧٧] اختلف الفقهاء في مالية الديون على قولين:

أحدهما: يرى أن الدين لا يعتبر مالًا حقيقة، وإنما يعتبر مالًا حكمًا باعتبار أنه يتحول إلى المال بالاستيفاء، وهذا مذهب الحنفية، والقديم من قولي الشافعي عليه رحمه الله.

والثاني: يرى أن الدين يعتبر من الأموال، وهو أحد القولين في مذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة. وسبق لنا ذكر أدلة هذه المسألة في عقد البيع فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

وعلى اختلاف الفقهاء في مالية الدين لم يختلفوا في صحة الوصية به، سواء كانت الوصية بالدين لمن عليه الدين، أو كانت الوصية به لغير من هو عليه[(١)].

جاء في الدر المختار: «قوله لمديونه: إن كان لي عليك دين أبرأتك عنه صح، وكذا إن متُّ بضم التاء فأنت بريء منه أو في حل جاز وكان وصية»[(٢)].

وجاء في لسان الحكام: «إذا قال الطالب لمديونه: إذا مت فأنت بريء من الدين الذي عليك جاز، ويكون وصية من الطالب للمطلوب»[(٣)].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٠٧)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٦٥)، الذخيرة (٧/ ١١٧، ١٤٧)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٦٧)، كشف المخدرات (٢/ ٥٢٢)، الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٦١).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٠٧).

(٣) لسان الحكام (ص٣٧٣).

وجاء في كشف المخدرات: «وإن قال: إن مت - بضم التاء - فأنت في حل فوصية»[1].

وقال ابن نجيم: «وخرج عن تمليك الدين لغير من هو عليه الحوالة ... وخرج أيضا الوصية به لغير من هو عليه فإنها جائزة»[2].



(١) كشف المخدرات (٢/ ٥٢٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٠٩).

المبحث الثاني: الوصية بالمجهول

الجهالة لا تمنح صحة الوصية.

[م-١٦٧٨] تكلمنا فيما سبق حكم جهالة الموصى له، وكلام الفقهاء فيها، ونريد في هذا المبحث أن نعرف حكم جهالة الموصى به، وهل يختلف في الحكم عن جهالة الموصى له؟

وللجواب نقول: اختلف الفقهاء في صحة الوصية المجهولة على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الوصية بالمجهول، كما لو أوصى بثلث ماله، والمال غير معلوم، أو أوصى بجزء من ماله، ولم يبين المقدار، أو أوصى له بشاة من غنمه، أو بثوب من ثيابه، ولم يعين، أو قال: أعطوه ما شئتم، أو ما شاء الوصي[١].

جاء في الهداية: «الجهالة لا تمنع صحة الوصية»[٢].

وجاء في كفاية الطالب الرباني: «الموصى به: وهو كل ما يصح أن يتملكه الموصى له . . . ولا يشترط أن يكون معلومًا، بل تصح الوصية بالمجهول»[٣].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ١٨٩)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٤٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٦)، الفروق للقرافي (٤/ ٧٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٠٠)، أسنى المطالب (٣/ ٣٥)، الحاوي الكبير (٧/ ٥٣٨)و (١٧/ ٣٠٩)، تحفة المحتاج (٧/ ١٧)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٦١)، الإنصاف (٧/ ٢٥٥-٢٥٦)، المبدع (٥/ ٢٦٧)،

(٢) الهداية (٤/ ٥١٩).

(٣) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٦).

وقال الغزالي: «الركن الثالث: في الموصى به، ولا يشترط فيه أن يكون مالًا.. ولا كونه معلومًا فيصح الوصية بالمجهول»[(١)].

وفي البيان للعمراني: «وتصح الوصية بالمجهول، كالوصية بالحمل في البطن، واللبن في الضرع، وتصح إذا كانت غير معينة، كعبد من عبيد»[(٢)].

وجاء في الشرح الكبير على المقنع: «وتصح الوصية بالمجهول، كعبد وشاة؛ لأن الوصية تصح بالمعدوم فالمجهول بطريق الأولى»[(٣)].

❑ وجه القول بالصحة:

أن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في الباقي، فأشبه الوارث، فإذا صح ميراث المجهول صح استحقاقه بالوصية.

وقياسًا على صحة الوصية بالمعدوم، فإذا صحت الوصية بالمعدوم فالمجهول بطريق الأولى.

ولأن الوصية عقد من عقود التبرع لا يقابله عوض، فاحتمل الغرر فيها.

القول الثاني:

أن الوصية بالمجهول المطلق لا تصح، وهو مذهب المالكية، ووجه في مذهب الحنابلة[(٤)].

---

(١) الوسيط (٤/ ٤١٦).

(٢) البيان للعمراني (٨/ ١٦٩).

(٣) الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٠٤).

(٤) المدونة (٦/ ٣٧)، بداية المجتهد (٤/ ١٢٣)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٤٨)، الذخيرة (٧/ ٩٤)، القوانين الفقهية (ص٢٦٧)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٦)، قواعد ابن رجب (ص٢٣٣).

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن أوصى لرجل بثلث ماله، ولا مال له يوم أوصى، ثم أفاد مالا فمات؟

قال: إن علم الميت بما أفاد فللموصى له ثلثه. وهذا قول مالك، وإن لم يعلم فلا شيء له»[١].

قال القرافي: «لا تدخل الوصية إلا فيما علمه الميت؛ لأنه هو الذي توجه إليه القصد في الوصايا . . .»[٢].

ونقل القرافي عن الأبهري أنه قال:

«إذا أوصى بثلثه، وحدث مال بعد الوصية، فعلم به حصلت الوصية فيه، وإن تقدمت عليه؛ لأن المقصود ثلث المال عند الموت، ولو وهب هبة، فلم تحز عنه حتى مات، لا تدخل فيه الوصية وإن رجعت ميراثًا؛ لأنه أراد الوصية فيما عداها»[٣].

وقال ابن رشد: «إذا أوصى بجزء من ماله، وله مال يعلم به، ومال لا يعلم به، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم»[٤].

وقال ابن جزي: «من أوصى وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به»[٥].

---

(١) المدونة (٦/ ٣٧).

(٢) الذخيرة (٧/ ٩٤).

(٣) المرجع السابق (٧/ ٩٥).

(٤) بداية المجتهد (٤/ ١٢٣).

(٥) القوانين الفقهية (ص٢٦٧).

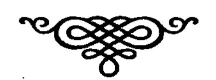
❑ وجه القول بعدم الصحة:

استدل القرافي بقوله ﷺ: **لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه**(١).

والمجهول لم تطب به نفسه خالفناه في تفاصيل المعلوم للموصي لتوجه القصد إليه من حيث الجملة، فإنه دخل في وصيته على ثلث ما يتجدد، وعلى ما هو الآن في ملكه، ورضي بمقدار ذلك من حيث الجملة. أما المجهول على الإطلاق فلم يخطر له ببال، والأصل استصحاب ملكه، وإعمال ظاهر الحديث، ولا يلزم من إجماعنا على الجهالة التي اشتمل عليها المعلوم، وقصد إليها من حيث الجملة تجويزنا المجهول المطلق، كما أجمعنا على جواز السلم اقتصارًا على الأوصاف المشتملة على الجهالة بخصوص العين، ومنعنا جهالة لم يشملها العلم من وجه فكذلك هاهنا، وأصل نقل الأملاك الرضا بالإجماع، بدليل أنه لو لم يوص لم ينتقل ملك الموصى له إجماعًا فالمجهول مطلقا كما لم يوص فيه»(٢).

❑ الراجح:

أرى أن القول بجواز الوصية بالمجهول أقوى من القول بالمنع، ويغتفر الغرر في عقود التبرع ما لا يغتفر في عقود المعاوضة، والله أعلم.



---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الذخيرة (٧/ ٩٦).

فرع
في تقدير الوصية إذا أوصى بجزء من ماله

[م-١٦٧٩] اختلف الفقهاء في الرجل يوصي بجزء من ماله، أو بشاة من غنمه، أو عمارة من عماراته، أو بسيارة من سياراته، فكيف تعين الوصية؟

القول الأول:

يعطيه الوارث ما شاء، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية.

واختار الحنابلة بأن يعطيه الورثة ما شاؤوا مما يقع عليه الاسم، فإن اختلف الاسم بين الحقيقة اللغوية والحقيقة العرفية، فقولان: أحدهما: تغلب الحقيقة اللغوية، وهو المذهب.

واختار ابن قدامة تغليب العرف، ورجحه جماعة من الحنابلة[١].

قال في بدائع الصنائع: «إذا أوصى لرجل بجزء من ماله، أو بنصيب من ماله، أو بطائفة من ماله، أو ببعض، أو بشقص من ماله، فإن بين في حياته شيئًا، وإلا أعطاه الورثة بعد موته ما شاؤوا؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل القليل، والكثير، فيصح البيان فيه مادام حيًا، ومن ورثته إذا مات؛ لأنهم قائمون مقامه»[٢].

وقال الشافعي في الأم: «ولو أن رجلًا أوصى لرجل بشاة من ماله، قيل:

(١) الإنصاف (٧/ ٢٥٥).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٦).

للورثة أعطوه أي شاة شئتم كانت عندكم، أو اشتريتموها له، صغيرة أو كبيرة، ضائنة أو ماعزة»[١].

وقال العمراني في البيان: «إذا قال: أوصيت لفلان بشاة من مالي، أو قال: أعطوا فلانًا شاة من مالي أعطاه الوارث شاة، صغيرة كانت أو كبيرة، ضائنة كانت أو ماعزة، سليمة أو معيبة؛ لأن اسم الشاة يقع عليها»[٢].

جاء في الشرح الكبير على المقنع: «وتصح الوصية بالمجهول، كعبد وشاة... ويعطيه الورثة ما شاؤوا مما يقع عليه الاسم؛ لأنه اليقين، كما لو أقر له بعبد، فإن لم يكن له عبيد اشترى له ما سمي عبدًا، وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤوا»[٣].

وجاء في شرح الزركشي: «وقول: من عبيده يخرج ما إذا قال بعبد، وأطلق، فإنه يصح ويعطى أي عبد كان، لكن يشترط كونه ذكرًا، هذا عند أبي محمد، نظرًا للعرف، وعند القاضي لا يشترط نظرًا للحقيقة»[٤].

فابن قدامة رأى أن لفظ عبد اشتهر عرفًا إطلاقه على الذكر، واشتهر إطلاق الإماء على الإناث، فتعين العمل بالعرف.

ونظر القاضي إلى الحقيقة اللغوية: وهو إطلاق اللفظ على الذكر والأنثى.

---

(١) الأم (٤/ ٩١).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٢٥٢)، وانظر مختصر المزني (ص١٤٣)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٣٣)، نهاية المحتاج (٦/ ٥١-٥٢، ٦٨)، حاشية الجمل (٤/ ٥٦).

(٣) الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٠٤).

(٤) شرح الزركشي (٤/ ٤١٦).

وجاء في الإنصاف: «قوله وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة بلا نزاع، ويعطى ما يقع عليه الاسم. فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعرف، كالشاة. هي في العرف للأنثى . . . وفي الحقيقة للذكر، والأنثى: غلب العرف. هذا اختيار المصنف (يعني ابن قدامة). وصححه الناظم. وجزم به في الوجيز.

وقدم في الرعايتين: أن «الشاة «للأنثى . . . وقال أصحابنا: تغلب الحقيقة. وهو المذهب، فيتناول الذكور والإناث، والصغار والكبار . . .»[١].

القول الثاني:

إذا أوصى له بشاة من غنمه أو بعبد من عبيده شارك الموصى له ورثة الميت بالقيمة لا بالعدد، فيأخذه بالقرعة بعد التقويم[٢].

قال الدردير: «وإن أوصى بشاة من غنمه، أو بعبد من عبيده أو أوصى بعدد من ماله غنمًا أو غيرها، كأعطوه عشرة من غنمي أو من عبيدي أو من إبلي شارك الموصى له ورثة الميت وبالجزء: أي بنسبة الجزء الذي أوصى به إلى الموصى له من غنم أو غيرها، فإذا أوصى بشاة وله يوم التنفيذ ثلاث شياه كان شريكًا بالثلث، ولو كان له عشرة كان شريكًا بالعشر، وإذا أوصى له بعشرة، وله عشرون كان شريكًا بالنصف»[٣].

وفي حاشية الدسوقي: « (قوله: (كان شريكًا بالثلث): أي سواء كانت غنم الموصي ضأنا، أو معزًا، أو ضأنًا و معزًا كله ذكورًا أو إناثًا، أو منهما، كانت

(١) الإنصاف (٧/ ٢٥٥).
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٣٩)، شرح الخرشي (٨/ ١٨٢)، منح الجليل (٩/ ٥٤٥).
(٣) الشرح الكبير (٤/ ٤٣٩).

كلها صغارًا أو كبارًا، أو مختلفة: أي ويعتبر الثلث بالقيمة، لا بالعدد، فيأخذه بالقرعة بعد التقويم»(١).

القول الثالث:

إذا أوصى له بعبد من عبيده ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة، وهو وجه مذهب الحنابلة.

جاء في المغني: « (وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل، ولم يسم العبد، كان له أحدهم بالقرعة، إذا كان يخرج من الثلث، وإلا ملك منه بقدر الثلث»(٢).

وجاء فيه أيضًا: «وإن قال: أعتقوا أحد عبيدي احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة . . . واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة. وأصل الوجهين: ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده، هل يعطى أحدهم بالقرعة، أو يرجع فيه إلى اختيار الورثة»(٣).

❑ وجه القول بذلك:

إذا أوصى له بسيارة من سياراته، أو بعمارة من عماراته استحق واحدًا منها غير معين، فكان القرعة هي الطريق للتعيين، والقرعة طريق شرعي إذا تزاحمت الحقوق، ولم يكن هناك تعيين.

قال تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١].

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٣٩).

(٢) المغني (٦/ ١٥٠).

(٣) المرجع السابق (٦/ ١٢٧).

وقال تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

وهذا القول قريب من قول المالكية فهما يتفقان على تحكيم القرعة، ويختلفون هل القرعة على العدد كما هو هذا القول في مذهب الحنابلة، أو على القيمة كما هو مذهب المالكية.

جاء في المغني: «قال مالك قولًا يقتضي أنه إذا أوصى بعبد، وله ثلاثة أعبد، فله ثلثهم. وإن كانوا أربعة فله ربعهم، فإنه قال: إذا أوصى بعشر من إبله، وهي مائة، يعطى عشرها، والنخل، والرقيق، والدواب على ذلك.

والصحيح: أنه يعطى عشرة بالعدد؛ لأنه الذي تناوله لفظه، ولفظه هو المقتضي، فلا يعدل عنه، ولكن يعطى واحدًا بالقرعة؛ لأنه يستحق واحدًا غير معين، فليس واحد بأولى من واحد، فوجب المصير إلى القرعة، كما لو أعتق واحدا منهم»[(١)].

❑ الراجح:

أن الرجل إذا أوصى بسيارة من سياراته أو بعمارة من عماراته أن التعيين لا يترك للورثة؛ لأنه لم يتلق الوصية منهم، وإنما تلقاها من الموصي، وقد تعلق حقه بواحدة لا بعينها، فلا يختار هو؛ لأنه قد يختار أفضلها، ولا يترك ذلك للورثة؛ لأنهم قد يختارون له أقلها، وحقه مقدم على حق الورثة، فكانت القرعة هي الطريق العادل لا يظلم الورثة، ولا يظلم الموصى له، والقرعة على العدد أيسر من القرعة على القيمة، والله أعلم.

---

(١) المغني (٦/ ١٥٠).



المبحث الثالث: الوصية بالمعدوم

[م-١٦٨٠] اختلف الفقهاء في الوصية بالمعدوم على قولين:

القول الأول:

ذهب الجمهور إلى صحة الوصية بالمعدوم مطلقًا، كأن يوصي بما يثمره بستانه أبدًا أو مدة معلومة، أو بما تحمله دابته أبدًا أو مدة معلومة إن حملها الثلث[(١)].

جاء في التهذيب في اختصار المدونة: «ومن أوصى بغلة داره، أو بغلة جنانه للمساكين، جاز ذلك»[(٢)].

جاء في مغني المحتاج: «وكذا تصح بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقًا بالناس وتوسعة، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول؛ ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم، والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية»[(٣)].

جاء في الإنصاف: «تصح الوصية بالمعدوم، كالذي تحمل أمته، أو شجرته

---

(١) المدونة (٦/ ٦٢)، منح الجليل (٩/ ٥٠٧)، جواهر الإكليل (٢/ ٣١٧، ٣٢٣)، مواهب الجليل (٦/ ٣٨٤)، الذخيرة (٧/ ١٣٥)، التاج والإكليل (٦/ ٣٧٤)، الخرشي (٨/ ١٦٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٥١)، مغني المحتاج (٣/ ٤٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٩)، المغني (٦/ ٩٢)، المبدع (٥/ ٢٦٥).

(٢) التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٧٩).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٤٥).

أبدًا، أو مدة معينة. هذا المذهب، وعليه الأصحاب، فإن حصل شيء: فهو له، وإلا بطلت»[١].

وقال ابن قدامة: «وإن أوصى بثمرة شجرة، أو بستان، أو غلة دار، أو خدمة عبد، صح، سواء وصى بذلك في مدة معلومة، أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله. هذا قول الجمهور، منهم؛ مالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي . . . ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال. نص عليه أحمد في سكنى الدار. وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها. فإن لم تخرج من الثلث، أجيز منها بقدر الثلث»[٢].

❑ وجه القول بالصحة:

الوجه الأول:

أن الوصية يحتمل فيها وجوه من الغرر رفقًا بالناس وتوسعة فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول.

الوجه الثاني:

أن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية.

الوجه الثالث:

أن الوصية أجريت مجرى الميراث، وهذا يورث فصحت الوصية به.

---

(١) الشرح الكبير على المقنع (٧/ ٢٥٢).

(٢) المغني (٦/ ٩٢).

القول الثاني:

لا تصح الوصية بالمعدوم مطلقًا، من غير فرق بين غلة البستان وبين نتاج البهائم. وهو قول مرجوح في مذهب الشافعية[١].

قال الأنصاري: «كما تجوز الوصية بالمجهول تجوز أيضا بالمعدوم كالوصية بما تحمله هذه الناقة ونحوها أو بما تحمله هذه الأشجار ونحو ذلك.

وقيل: لا تصح مطلقًا. وقيل: تصح بالثمرة دون الولد . . .»[٢].

❑ وجه القول بعدم الصحة:

أن التصرف يستدعي متصرفًا فيه، ولم يوجد.

القول الثالث:

إن أوصى بما يثمره بستانه أبدًا صحت الوصية في الثمرة الحاضرة والمستقبلة، وإن أوصى بنتاج دوابه أو صوف غنمه أبدًا فليس له إلا ما كان موجودًا يوم موت الموصي، ولا يدخل المعدوم في الوصية، وهذا مذهب الحنفية، وقول مرجوح في مذهب الشافعية.

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «ولو أوصى بغلة بستانه أبدًا، فله الحاضرة والمستقبلة، وإن أوصى بصوف غنمه أو بأولادها أو بلبنها فله الموجود عند موته، قال أبدا أو لم يقل»[٣].

---

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٦١)، كفاية الأخيار (ص٣٤١)، مغني المحتاج (٣/ ٤٥).

(٢) كفاية الأخيار (ص٣٤١).

(٣) المبسوط (٢٨/ ٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٩١)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٤)، البناية (١٣/ ٤٩٣)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٧١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٥).

❑ **وجه التفريق بين المسألتين:**

الفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم إلا أن في الثمرة، والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها حال حياة الموصي بعقد المساقاة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع.

أما الولد، والصوف، واللبن فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ولا تقبل التمليك في حياة الموصي فلا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعًا.

❑ **الراجح:**

هذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى: هل يشترط في الموصى به أن يكون قابلًا للتمليك بعقد من العقود، أو لا يشترط ذلك بحيث تصحة الوصية بما لا يصح العقد عليه، كالوصية بالنجس، والوصية بالمعدوم، والمجهول، والكلب، وبما ينطوي على غرر كثير، وقد بحثت هذه المسألة في أول شروط الموصى به، ورجحت أن الوصية نقل للملك بلا عوض، فما ينتقل بالإرث ينتقل بالوصية، سواء صح العقد عليه بالمعاوضة، أو لم يصح العقد عليه، والله أعلم.

المبحث الرابع
في الموصي يوصي بنصيب وارث معين

[م-١٦٨١] إذا أوصى الرجل بنصيب وارث معين فهذا يقع على طريقتين:

الطريقة الأولى:

أن يوصي بمثل نصيب هذا الوارث، كأن يوصي بمثل نصيب ابنه، وهذا لا إشكال فيه من حيث الجواز؛ لأن الرجوع إلى نصيب الوارث لمعرفة قدر الوصية، وليس وصية بنصيبه.

(ث-٢٣١) فقد روى ابن أبي شيبة، قال: حدثنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عمارة الصيدلاني، عن ثابت، عن أنس أنه أوصى بمثل نصيب أحد ولده[١].

[أرجو أن يكون حسنًا][٢].

---

(١) المصنف ط محمد عوامة (٣١٤٤١).

(٢) في إسناده عمارة الصيدلاني، وثقه أحمد كما في العلل (٥٠١، ١٤٢٩، ٢٠٥٨).
وفي ميزان الاعتدال: قال أحمد له مناكير (٦٠٢٤).
وقال أبو زرعة: لا بأس به. المرجع السابق.
وقال البرقاني (٣٧٥): سمعت الدارقطني يقول: عمارة بن زاذان الصيدلاني بصري ضعيف، لا يعتبر به.
وقال أبو حاتم: يكتب حديثه، ولا يحتج به. ميزان الاعتدال.
وقال أبو داود: ليس بذاك. المرجع السابق.
وفي التقريب: صدوق كثير الخطأ.

ومع اتفاق الفقهاء على الجواز إلا أنهم اختلفوا فيما يستحقه الموصى له على قولين:

القول الأول:

أنه يستحق نصيب الوارث المعين مضمومًا إلى المسألة، فإذا وصى له بمثل نصيب ابنه جعل الموصى له كأنه ابن آخر، فله مع الابن الواحد النصف، فإن أجاز الوارث الوصية وإلا صح له الثلث منها، ومع الابنين كأنهم ثلاثة فيكون له الثلث، ومع الثلاثة كأنهم أربعة فيكون له الربع، فيجعل الموصى له كواحد منهم، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية والحنابلة على خلاف بينهم هل يشترط وجود الابن الوارث، أو لا يشترط؟

فذهب الحنفية إلى صحة الوصية سواء كان له ابن أو لم يكن.

وصرح الشافعية إلى أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنه، ولا ابن له وارث بطلت الوصية، بخلاف ما لو أوصى بمثل نصيب ابن، ولا ابن له فتصح الوصية، فكأنه قال: بمثل نصيب ابن لي لو كان[1].

القول الثاني:

أنه إن أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال إن أجاز الابن الوصية، وإلا فله الثلث، فإن قال ذلك، وله ابنان فيأخذ الموصى له نصف التركة، واشترط المالكية وجود الابن إلا أن يقول الموصي:

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٨)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٧٤)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٨)، الأم (٤/ ٨٩)، الوسيط (٤/ ٤٧٢)، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٠)، الإنصاف (٧/ ٢٧٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٨١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٩٧).

لو كان موجودًا، أو يحدث له ابن بعد الوصية فتصح، وهذا القول هو مذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة، وقال به زفر من الحنفية، وداود بن علي من الظاهرية[(١)].

قال الباجي: «ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال، ولو كان ابنان فقد أوصى له بالنصف»[(٢)].

وجهه:

أن من ترك ابنًا فإنه يرث جميع المال، فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه فقد أوصى له بجميع المال.

قال الماوردي: «وهذا فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن نصيب الابن أصل، والوصية بمثله فرع، فلم يجز أن يكون الفرع رافعًا لحكم الأصل.

والثاني: أنه لو جعلنا الوصية بجميع المال لخرج أن يكون للابن نصيب، وإذا لم يكن للابن بطلت الوصية التي هي بمثله.

والثالث: أن الوصية بمثل نصيب الابن فوجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه فإذا وجب ذلك كانا فيه نصفين، وفي إعطائه الكل إبطال للتسوية بين الموصى له وبين الابن.

---

(١) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك (ص١٢٧)، شرح الخرشي (٨/ ١٨٧)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٤٦)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٥٣)، الإنصاف (٧/ ٢٧٥).

(٢) المنتقى للباجي (٦/ ١٧٣).

وأما الجواب عن قولهم: إن نصيب الابن كل المال. فهو أن له الكل مع عدم الوصية، وأما مع الوصية فلا يستحق الكل»[(١)].

وقول الجمهور أقوى من قول مالك ومن معه، والله أعلم.

الطريقة الثانية:

[م-١٦٨٢] أن يوصي بنصيب ابنه، فهذا يدخل في الوصية بمال الغير، ولولا أن بعض الفقهاء كالحنفية خالف في حكمه بين الوصية بمال الغير، وبين الوصية بنصيب الوارث لاعتبرتها مسألة واحدة، وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول:

لا تصح الوصية، وهذا مذهب الحنفية، وأكثر الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة[(٢)].

إلا أن الحنفية قالوا: إذا أوصى بنصيب ابنه، وليس له ابن صحت.

جاء في الهداية: «وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز؛ لأن الأول وصية بمال الغير؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت، والثاني: وصية بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره»[(٣)].

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٧).

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٢٣٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٨)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٩)، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٨)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٧)، الإنصاف (٧/ ٢٧٥)، المحرر (١/ ٣٩٠)، المغني (٦/ ٧٥).

(٣) الهداية (٤/ ٢٣٧).

وهذا لا يتفق مع قواعد مذهب الحنفية القائلين بأن تصرف الفضولي يكون موقوفًا على الإجازة.

وجاء في المهذب: «وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية؛ لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث ومن أصحابنا من قال يصح ويجعل المال بينهما كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه».

وقال النووي: «ولو قال: أوصيت له بنصيب ابني، فوجهان.

أصحهما عند العراقيين، والبغوي: بطلان الوصية.

وأصحهما عند الإمام، والروياني، وغيرهما، وبه قطع أبو منصور: صحتها، والمعنى: بمثل نصيب ابني»[١].

❑ وجه القول بعدم الصحة:

أن الوصية بنصيب ابنه يعتبر وصية بمال الغير، ومن شروط التبرع أن يكون المتبرع مالكًا للمتبرع به.

القول الثاني:

إذا أوصى بنصيب ابنه، وكان له ابن واحد صحت الوصية بالإجازة، وهو رأي زفر من الحنفية، ومذهب المالكية، وأحد القولين في مذهب الشافعية، رجحه إمام الحرمين، والغزالي، والمذهب عند الحنابلة على خلاف بينهم بمقدار ما يستحقه بهذا اللفظ:

فقيل: تجعل الوصية بكل المال، وهو رأي المالكية.

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٢٠٨).

وقيل: يستحق نصف المال كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[١].

قال الخرشي: «إذا أوصى له بنصيب ابنه، أو بمثل نصيب ابنه، وأجاز الابن الوصية فإن الموصى له يأخذ جميع التركة، فإن ردها نفذت في الثلث»[٢].

وقال إمام الحرمين: «ولو قال الموصي: أوصيت لفلان بنصيب ابني، وله ابن واحد، فالذي نقله الأئمة المعتبرون من أصحاب الشافعي أن الوصية بنصيب الابن بمثابة الوصية بمثل نصيب الابن، وهذا هو الذي نقله الفرضيون المتظاهرون بعلم الحساب، منهم الأستاذ أبو منصور وغيره»[٣].

قال الغزالي: «ولو أوصى بنصيب ولده، كان كما لو أوصى بمثل نصيب ولده»[٤].

وقال العمراني في البيان: «فقال الشيخ أبو حامد، وأكثر أصحابنا: هو كما قال أبو حنيفة؛ لأنه أوصى له بنصيب ابنه، ونصيبه ما استحقه بوفاة أبيه، فلا تصح الوصية به، كما لو وصى بمال لابنه من غير الميراث. ويفارق إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه؛ لأنه أوصى له بقدر نصيب ابنه.

---

(١) الخرشي (٨/ ١٨٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٤٤٦)، منح الجليل (٩/ ٥٦٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٢٣٩)، الوسيط (٤/ ٤٧٢)، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٨)، كشاف القناع (٤/ ٣٨١)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥١٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٧٩)، المبدع (٥/ ٢٨٦).

(٢) الخرشي (٨/ ١٨٧).

(٣) نهاية المطلب (١٠/ ١٥).

(٤) الوسيط (٤/ ٤٧٢).

ومنهم من قال: هو كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه، فيكون موصيًا له بالنصف؛ لأن معناه يؤول إلى معنى مثل نصيب ابنه، كما يقال للزوجة: لها مهر مثلها، ولا يكون ذلك لها، وإنما يكون لها مثل مهر مثلها»(١).

وجاء في الإنصاف: «إذا وصى بمثل نصيب ابنه، وله ابنان. فله الثلث. على المذهب . . . وإن وصى له بنصيب ابنه. فكذلك، في أحد الوجهين، يعني: له مثل نصيبه في أحد الوجهين. وهو المذهب . . . قال في المذهب، وغيره: صحت الوصية في ظاهر المذهب.

قال الحارثي: هو الصحيح عندهم.

وفي الآخر: لا تصح الوصية. وهو الذي ذكره القاضي. قال الزركشي: قاله القاضي في المجرد. قال الحارثي: لكن رجع عنه»(٢).

❑ وجه القول بالصحة:

أن المراد من قول الموصي: أوصيت بنصيب ابني على تقدير مضاف محذوف، كقوله: أوصيت له بمثل نصيب ابني، وهذا معروف في اللغة، قال تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢].

وكما يقال للزوجة: لها مهر مثلها، ويكون المراد لها مثل مهر مثلها.

❑ الراجح:

الأصل في الكلام أن يحمل على ما يتعارف عليه الناس، فإن كان هناك عرف

---

(١) البيان للعمراني (٨/ ٢٣٩).

(٢) الإنصاف (٧/ ٢٧٥).

أن الرجل إذا أوصى بنصيب ابنه أنه يريد بذلك مثل نصيب ابنه اتبع هذا العرف، وإلا أخذ اللفظ على ظاهره، وأنه وصية بمال الغير، فيكون صحيحًا موقوفًا على إجازة المالك، والله أعلم.



المبحث الخامس
في الموصي يوصي بمثل نصيب وارث غير معين

[م-١٦٨٣] إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يعين الوارث، فقد اختلف الفقهاء فيما يستحقه الموصى له:

القول الأول:

إذا أوصى الرجل بمثل نصيب أحد الورثة، ولم يعين الوارث، فإن كان ورثة الموصي متساويين في نصيبهم، كما لو كانوا أبناء مثلًا فللموصي له مثل نصيب أحدهم زائدًا على الفريضة، فيجعل الموصى له كواحد منهم، فللموصى له مع الاثنين الثلث؛ لأنه يصير كابن ثالث، ومع الثلاثة الربع؛ لأنه يصير كابن رابع، ومع الأربعة الخمس؛ لأنه يصير كابن خامس، ومع الخمسة السدس لأنه يصير كابن سادس، وهكذا.

وإن كان الورثة متفاضلين في الميراث أعطي الموصى له مثل نصيب أقلهم ميراثًا زائدًا على فريضتهم، كما لو كان يرث الموصي بنون وبنات، فيستحق الموصى له مثل نصيب بنت. وهذا مذهب الجمهور[(١)].

قال ابن قدامة: «إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته، غير مسمى، فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين، فله مثل نصيب أحدهم، مزادًا على

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ١٠٠)، المبسوط (٢٧/ ١٤٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٧٠)، أسنى المطالب (٣/ ٦٣)، الحاوي الكبير (٨/ ١٨٨-١٨٩، ٢٠٢)، المهذب (١/ ٤٥٧)، مختصر المزني (ص١٤٣)، البيان للعمراني (٨/ ٢٣٩)، روضة الطالبين (٦/ ٢١١)، المغني (٦/ ٧٤)، كشاف القناع (٤/ ٣٨١-٣٨٢).

الفريضة، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم. وإن كانوا يتفاضلون . . . فله مثل نصيب أقلهم ميراثًا، يزاد على فريضتهم»(١).

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أنه إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته، وترك رجالًا ونساء، فإن المال يقسم على الورثة على عدد رؤوسهم من غير فرق بين الذكر والأنثى، فإن كان الورثة ثلاثة كان للموصى له الثلث، أو كانوا أربعة فله الربع، أو كانوا خمسة فله الخمس، وهكذا، ولا نظر لما يستحقه كل وارث، بل يجعل الذكر رأسا والأنثى رأسا كذلك، ثم يقسم ما بقي بين الورثة على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين(٢).

جاء في المدونة: «سمعت مالكًا، وسئل عن رجل يقول عند موته: لفلان مثل نصيب أحد ورثتي، ويترك رجالًا ونساءً. قال: قال مالك: أرى أن يقسم ماله على عدة من ترك من الورثة الرجال والنساء، لا فضل بينهم، الذكر والأنثى فيه سواء، ثم يؤخذ حظ واحد منهم، ثم يدفع إلى الذي أوصى له به، ثم يرجع من بقي من الورثة، فيجمعون ما ترك الميت بعد الذي أخذ الموصى له، فيقتسمون ذلك على فرائض الله ﷻ: للذكر مثل حظ الأنثيين»(٣).

❑ الراجح:

أرى أن تفصيل الجمهور أقرب إلى الصواب، والله أعلم.

---

(١) المغني (٦/ ٧٤).

(٢) المدونة (٦/ ٧٠)، الشرح الكبير (٤/ ٤٤٧)، الخرشي (٨/ ١٨٧)، منح الجليل (٩/ ٥٦٦)، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٦/ ٣٨٥).

(٣) المدونة (٦/ ٧٠).

المبحث السادس: الوصية بالسهم

[م-١٦٨٤] اختلف العلماء في الرجل يوصي بسهم من ماله، كيف يقدر ذلك؟

القول الأول:

يكون للموصى له أخس الأنصباء إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس، ولا يزاد عليه، وبه قال أبو حنيفة، وهو رواية في مذهب الحنابلة(١).

جاء في الهداية شرح البداية: «ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه، وهذا عند أبي حنيفة»(٢).

وجاء في المغني: «قال الخلال وصاحبه: له أقل سهم من سهام الورثة؛ لأن أحمد قال، في رواية أبي طالب والأثرم: إذا أوصى له بسهم من ماله، يعطى سهمًا من الفريضة.

قيل: له نصيب رجل، أو نصيب امرأة؟

قال: أقل ما يكون من السهام. قال القاضي: ما لم يزد على السدس»(٣).

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٨)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٧٤)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٤٢)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١٩)، المبسوط (٢٧/ ١٤٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٦).

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٨).

(٣) المغني (٦/ ٧٣)، الإنصاف (٧/ ٢٧٨).

❑ وجه هذا القول:

أن سهام الورثة أنصباؤهم، فيكون له أقلها؛ لأنه اليقين، فإن زاد على السدس دفع إليه السدس؛ لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة.

القول الثاني:

ذهب الحنابلة في المشهور أن له سدسًا مفروضًا[١].

جاء في الوقوف والترجل للخلال: «أخبرني حرب بن إسماعيل قال: سألت أحمد قلت:

رجل أوصى بسهم من ماله لرجل كم يعطى؟

قال: السهام عندنا على ستة. قلت: يعطى السدس؟ قال: نعم»[٢].

واستدلوا بأدلة منها:

أن مطلق لفظ السهم في الوصية والإقرار ينصرف إلى السدس، وهو مروي عن ابن مسعود، وعن جماعة من أهل اللغة منهم إياس بن معاوية.

(ث-٢٣٢) فقد روى ابن أبي شيبة في المصنف، قال: حدثنا وكيع قال: ثنا محمد، عن أبي قيس، عن الهزيل، **أن رجلًا جعل لرجل سهمًا من ماله ولم يسم، فقال عبد الله: له السدس**[٣].

---

(١) المغني (٦/ ٧٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٨٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥١٦-٥١٧)، حاشية الروض المربع (٦/ ٧٤)، الإنصاف (٧/ ٢٧٨).

(٢) الوقوف والترجل (ص٦٨).

(٣) المصنف تحقيق عوامة (٣١٤٤٦).

[لم ينسب محمد، ولم يتبين لي من هو][١].

(ث-٢٣٣) وروى ابن أبي شيبة أيضًا، قال: حدثنا زيد بن الحباب، عن حماد بن زيد، عن أيوب، **عن إياس بن معاوية، قال: كانت العرب تقول: له السدس**[٢].

[صحيح].

لأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة من النسب، فتنصرف الوصية إليه.

القول الثالث:

للموصى له كأقل سهام الورثة ما لم يزد على الثلث، فإن زاد أعطي الثلث، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية[٣].

❑ وجه القول بذلك:

أن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفًا، لا سيما في الوصية، والأقل متيقن به فيصرف إليه، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة.

---

(١) وقد روي مرفوعًا بسند ضعيف جدًا، فقد رواه البزار في مسنده (٢٠٤٧)، والطبراني في الأوسط (٨٣٣٨) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي، عن أبي قيس، عن الهزيل، عن عبد الله بنحوه مرفوعًا.

(٢) المصنف، نسخة عوامة (٣١٤٤٥).

(٣) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٧٤)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٤٣)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١٩)، المبسوط (٢٧/ ١٤٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٦).

القول الرابع:

ذهب المالكية والحنابلة في رواية إلى أنه يعطى سهمًا من أصل الفريضة، ولو عائلة[١].

فإن لم يكن له فريضة بأن لم يكن له وارث حين الموت، فقيل: له سهم من ستة وهو قول ابن القاسم من المالكية؛ لأنه أقل عدد يخرج منه الفرائض المقدرة لأهل النسب؛ لأن الستة مخرج للسدس وهو أقل سهم مفروض لأهل النسب.

وقيل: له سهم من ثمانية، وهو قول أشهب؛ لأنها مخرج أقل السهام التي فرضها الله واستقر به ابن عبد السلام[٢].

القول الخامس:

ذهب الحنابلة إلى أنه يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة، فينظر كم سهمًا صحت منه الفريضة، ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له. قال القاضي أبو يعلى: هذا ما لم تزد على السدس فإن زاد السهم على السدس فله السدس لأنه متحقق[٣].

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٤٧)، شرح الخرشي (٨/ ١٨٧)، مواهب الجليل (٦/ ٣٨٥)، منح الجليل (٩/ ٥٦٦)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٦٨)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٠٣).

(٢) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٤٤٧)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٩٩).

(٣) المغني (٦/ ٧٣)، الإنصاف (٧/ ٢٧٨، ٢٧٩)، المسائل الفقهية من، كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ١٧).

❑ وجه القول بذلك:

أن قوله سهمًا ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته؛ لأن وصيته منها، فينصرف السهم إليها فكان واحدًا من سهامها، كما لو قال: فريضتي كذا وكذا سهمًا، لك منها سهم.

القول السادس:

يعطيه الوارث ما شاء، وهذا مذهب الشافعية[(١)].

جاء في المهذب: «فإن أوصى لرجل بسهم، أو بقسط، أو بنصيب، أو بجزء من ماله فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير»[(٢)].

وفي الحاوي: «وقال الشافعي السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطلاقه على القليل والكثير، كالحظ والنصيب فيرجع إلى بيان الوارث»[(٣)].

❑ الراجح:

هذه الألفاظ يفسرها العرف إن وجد، فإن لم يوجد حكمت اللغة، والسهم في اللغة يطلق على النصيب، جاء الصحاح «السهم: واحد السهام. والسهم: النصيب»[(٤)].

---

(١) الحاوي الكبير (٨/٢٠٦)، المهذب (١/٤٥٧).
(٢) المهذب (١/٤٥٧).
(٣) الحاوي الكبير (٨/٢٠٦).
(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٥/١٩٥٦).

وفي مقاييس اللغة: «سَهُمَ: السين والهاء والميم أصلان: أحدهما يدل على تغير في لون، والآخر على حظ ونصيب وشيء من أشياء»[1].

وأما قول إياس وما نقله عن العرب من أن السهم يطلق على السدس، فلعله في العرف حينذاك، وأما القول بأن السدس أقل سهم مفروض، فهذا غير دقيق فأقل سهم مفروض هو الثمن، نعم هو أقل سهم مفروض من جهة النسب، وتقديم المفروض بالنسب على المفروض بسبب النكاح لا علاقة له بمسألتنا، لأن الموصى له أجنبي، والله أعلم.



(١) مقاييس اللغة (٣/ ١١١).

المبحث السابع
في الوصية بالمنافع

الفرع الأول: تعريف المنفعة

المراد بالمنافع: تطلق المنفعة ويراد بها معنيان:

أحدهما: الأعراض التي تقوم بالأعيان كالركوب بالنسبة للسيارة والدابة، والسكنى بالنسبة للدار.

قال السرخسي: «المنفعة عرض يقوم بالعين»[١].

وعرفها في المطلع: «المنفعة والمنافع: الانتفاع بالأعيان كسكنى الدار، وركوب الدواب، واستخدام العبيد»[٢].

وفي مجلة مجمع الفقه الإسلامي: المنفعة كل ما يقوم بالأعيان من أعراض[٣].

المعنى الثاني للمنافع:

إطلاق المنفعة على كل ما يمكن استفادته من الأعيان، عرضًا كان مثل سكنى الدار وأجرتها، وركوب السيارة والدواب، ولبس الثياب وقراءة الكتب، أو عينًا: مثل ثمر الأشجار، وحليب الأنعام ونحوها.

والمقصود بالمنافع في باب الوصية هو المعنى الثاني دون الأول.

---

(١) المبسوط (١١/ ٨٠).

(٢) المطلع (ص٤٠٢).

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ٣/ ص: ٢٣٠٩).



الفرع الثاني
خلاف الفقهاء في الوصية بالمنافع

ما يقبل النقل بالإرث عينًا كان أو منفعة صحت الوصية به.

[م-١٦٨٥] اختلف الفقهاء في الوصية بالمنافع على قولين:

القول الأول:

أن الوصية بالمنافع وحدها دون الرقبة لا تصح، وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأهل الظاهر[١].

ورجحه ابن عبد البر، قال في الاستذكار: «قول ابن ابي ليلى وابن شبرمة ومن تابعهما قول صحيح في النظر والقياس، وإن كان على خلافه أكثر الناس»[٢].

❑ دليل من قال: لا تصح الوصية بالمنافع:

الدليل الأول:

يشترط في الوصية أن تكون من مالك للمنفعة، والمنفعة التي تحدث بعد موت الموصي تحدث على ملك الوارث، وليس من مال الموصي، وقد أجمعوا على أنه لو أوصى بشيء، ومات، وهو في غير ملكه أن الوصية باطلة، فكذلك الوصية بالمنافع، فقد مات الموصي، والمنفعة ليست في ملكه[٣].

---

(١) الاستذكار ط الدار العلمية (٧/ ٢٧٩)، فتح الباري (٥/ ٣٦٠).

(٢) الاستذكار (٧/ ٢٧٩).

(٣) انظر المرجع السابق.

ونوقش هذا:

بأن الموصي لما أفرد ملك المنفعة بالوصية عن ملك الرقبة أصبح ملك المنفعة ليس تابعًا لملك الرقبة، فلا تكون الوصية بها وصية بمال الوارث، فالمنافع تحدث على ملك الموصى له منفصلة عن ملك الرقبة، فإذا صح أن يكون مالك العين غير مالك المنفعة لم تكن المنفعة قد حدثت على ملك الوارث، كالوقف فإن الموقوف عليه يملك المنفعة ولا يملك العين، والله أعلم.

الدليل الثاني:

أن من أوصى بالمنافع لشخص على الدوام لم يترك للورثة ما ينتفعون به، فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث، فإنه لا فائدة في رقبة مسلوبة المنافع، بل هو ضرر محض عليهم، وقد شرط الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة، فإذا أراد الوارث أن يبيع عينًا لا نفع فيها لم يصح البيع؛ لأن من شروط البيع أن تكون العين مشتملة على منفعة مقصودة، ولهذا الدابة إذا كانت زمنة لا يصح بيعها؛ لفوات منفعتها، وإن كانت عينها قائمة، فإن قصد الموصي الوصية بالمنافع على الدوام للموصى له فهي وصية بالرقبة، فلا يحتسب على الورثة منها شيء، فإن صرح الموصي بأنه يبقي الرقبة للورثة، أو يوصي بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص، والرقبة لآخر، ولا سبيل لترجيح أحد الأمرين فيبطلان، والدليل على أن تمليك جميع المنافع تمليك للعين بالرقبى والعمرى فإنها تمليك للرقبة حيث كانت تمليكًا للمنافع في الحياة[1].

---

(١) انظر القواعد لابن رجب (ص١٩٦).

ويناقش:

هذا الكلام يصح في حال كانت الوصية بالمنفعة على الدوام، وقيل إن المنفعة تنتقل بالإرث إذا مات الموصى له، وهي مسألة خلافية[١].

أما إذا قلنا: إن المنفعة تختص بالموصى له، ولا تنتقل عنه بالإرث، وكذا إذا أوصى بالسكنى مدة معينة، أو مدة حياة الموصى له فإن الدار ترجع إلى الوارث متى ما خربت الدار، أو مات الموصى له.

الدليل الثالث:

أن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة، فالإعارة تمليك للمنفعة بغير عوض، فكذلك الوصية بالمنفعة، تمليك للمنفعة بلا عوض، والعارية تبطل بموت المعير، فكذلك الوصية بالمنفعة؛ لأنها في معناها.

---

(١) اختلف الفقهاء في المنفعة الموصى بها هل تورث من الموصى له، أو تنتهي بموت الموصى له على قولين:

أحدهما: أنها لا تورث، وهذا مذهب الحنفية، وقول عند الحنابلة.

جاء في تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٨): «أما الوصية بالمنافع فجائزة، بأن أوصى بخدمة عبد بعينه لفلان، يكون وصية بالخدمة له، وعين العبد تكون للورثة ما دام الموصى له حيًا، وإذا مات فيسلم العبد إلى الورثة، فإنها في معنى العارية المؤبدة فينتهي بموت الموصى له. وكذا لو أوصى بالعبد لإنسان وبخدمته لآخر جاز لما قلنا، وكذا لو أوصى بسكنى داره أو بغلة بستانه، ولم يوقت في ذلك وقتًا فيكون للموصى له مدة حياته، ويعود البستان والدار إلى الورثة، وما كان من الثمرة والغلة حاصلًا قبل موت الموصى له فيكون لورثته، وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصي».

الثاني: أنها تورث إذا كانت مؤبدة، وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والأصح في مذهب الحنابلة.

انظر المدونة (٦/ ٣٢)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، مغني المحتاج (٣/ ٤٥، ٦٤-٦٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٩٨).

ويناقش:

بأن قياس الوصية على العارية قياس مع الفارق، فالمعير قصد تمليك المنفعة في حال الحياة، فانتهت بالموت، أما الموصي فإنه جعل ملك المنفعة بعد الموت فلا تبطل به، ونظير ذلك التوكيل والإيصاء، فإن كلًا منهما إنابة للغير، إلا أن الأول إنابة حال الحياة فينتهي بموت الموكل، والإيصاء توكيل بعد الوفاة، فلا يبطل بموت الموصي.

القول الثاني:

ذهب عامة الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى جواز الوصية بالمنافع سواء كانت الوصية مؤقتة بمدة معينة، أو مؤبدة[1].

قال الماوردي الشافعي: «الوصية بمنافع الأعيان جائزة، كالوصية بالأعيان لأنه لما صح عقد الإجارة عليها، فأولى أن تصح الوصية بها، وسواء قيدت الوصية بمدة، أو جعلت مؤبدة»[2].

□ دليل من قال: بالجواز:

الدليل الأول:

(ح-١٠٣٩) ما رواه البخاري من طريق مالك، عن نافع، **عن عبد الله بن**

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٢)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٨٥)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٨)، بداية المجتهد (٤/ ١٢٠)، الاستذكار (٧/ ٢٧٩)، مواهب الجليل (٦/ ٣٨٤)، نهاية المطلب (١١/ ١٢٦)، الحاوي الكبير (٨/ ٢١٩) المهذب (١/ ٤٥٢)، مغني المحتاج (٣/ ٤٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٢٧)، روضة الطالبين (٦/ ١٨٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٨١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٧٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٩٨).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٢١٩).

عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده[١].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: (له شيء يوصي فيه) والمنافع شيء، فتدخل في الوصية.

الدليل الثاني:

الأصل جواز الوصية بكل ما ينتقل عن طريق الإرث، ومنها المنافع، ومن منع شيئًا من الوصية فعليه الدليل.

الدليل الثالث:

إذا جاز أن يوصي الإنسان بما ليس مالًا كالوصية بالنجس والكلب، والوصية بالمجهول، والوصية بالمعدوم، فلأن يجوز الوصية بالمنافع التي هي أموال محترمة ولها قيمة من باب أولى.

الدليل الرابع:

المنافع يجوز التصرف فيها وحدها في حال الحياة ببدل وغير بدل عن طريق الإجارة والعارية، والوقف، والأرض الخراجية المقرة في يد من هي يده، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة، فإذا جاز كل ذلك جاز التصرف بالمنافع بعد الممات عن طريق الوصية من باب أولى؛ لأن الوصية أوسع من هذه العقود، فهي تحتمل ما لا تحتمله هذه العقود من الوصية بالمجهول، والمعدوم، وغيرهما. والموصي يملك العين كما يملك منفعتها، فإذا جاز له أن

---

(١) البخاري (٢٧٣٨).

يوصي بهما، جاز له أن يوصي بأحدهما؛ لأن من يملك الكل يملك البعض، وإذا صح أن يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف وإن لم يكن يملك العين، صح أن يستوفي الموصى له المنافع، وإن لم يكن يملك العين.

❑ الراجح:

جواز الوصية بالمنافع كالأعيان؛ لأنها من الأشياء التي تنتقل بالموت، فيصح انتقالها بالوصية، والله أعلم.



الفرع الثالث
في كيفية تقدير المنفعة

[م-١٦٨٦] اختلف الفقهاء في كيفية تقدير المنفعة:

القول الأول:

أن تقدير المنفعة الموصى بها يكون بتقدير المنفعة مع رقبتها الموصى بها مطلقًا، سواء كانت المدة مؤبدة أو مؤقتة، فإن خرجت العين من ثلث التركة نفذت، وإن زدات الرقبة على الثلث توقف ذلك على إجازة الورثة، وإلا صح منها مقدار الثلث[١].

جاء في بدائع الصنائع: «إذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي أوصى بمنفعتها من الثلث»[٢].

❏ **وجه القول بذلك:**

أن الوصية بالمنفعة يؤدي إلى حبس العين عن الوارث، والموصي لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث، لذلك اعتبر خروج الثلث من الرقبة.

القول الثاني:

إذا أوصى بمنفعة معين كالخدمة والسكنى لشخص معين مدة معينة، والحال أن ثلثه لا يحمل ذلك كله: أي لا يحمل قيمة رقبة الدار، أو العبد: خير الوراث

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٣)،،

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٣).

بين أن يجيز وصية مورثه، أو يخلع ثلث جميع التركة من الحاضر، والغائب، والعرض والعين، فيعطى الموصى له من كل شيء ثلثه.

وإن أوصى بمنفعة معين لغير معين كالمساكين، فإن الوراث يخير بين الإجازة وبين القطع لهم بالثلث في ذلك الشيء بعينه، لا في كل التركة. وهذا مذهب المالكية[(١)].

والفرق بين المعين وغير المعين:

أنه في غير المعين لا يرجى رجوعه، بخلاف الموصى له المعين فيرجى إذا هلك رجوع الموصى به للوارث.

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن أوصى رجل بخدمة عبده لرجل سنة، وليس له مال غيره، أو له مال لا يخرج العبد من الثلث؟

قال: قال مالك: الورثة بالخيار إن أحبوا أن يسلموا خدمته سنة، ثم يدفع إليهم العبد بعد السنة، وإلا أسلموا إليه ثلث مال الميت بتلا.

قلت: وكذلك لو أوصى لرجل بسكنى داره سنة؟

قال: وهذا وخدمة العبد سواء، وكذلك قال مالك: إما أسلموا إليه سكنى داره سنة وإما قطعوا له بثلث الميت، وهذا مخالف إذا أوصى له برقبة العبد والدار، وكذلك إذا لم يحمله الثلث قطع له فيهما، وإذا كان خدمة أو سكنى فلم يجيزوا قطعنا له بثلث الميت وهذا قول مالك. قال سحنون. وهذا قول الرواة

---

(١) انظر شرح الخرشي مع حاشية العدوي (٨/ ١٨٦)، التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٦٤)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٠٦)، التاج والإكليل (٦/ ٣٨٤)، منح الجليل (٩/ ٥٦٠)، الشرح الكبير (٤/ ٤٤٥-٤٤٦).

كلهم، لا أعلم بينهم فيه اختلافًا إذا أوصى بخدمة العبد أو سكنى الدار، وليس له مال غير ما أوصى فيه، أو له مال لا يخرج ما أوصى له به من الثلث، وهذا أصل من أصول قولهم»[١].

ونوقش هذا:

بأن الوصية بالمنفعة وصية صحيحة، فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث، أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا، أو كالأعيان[٢].

القول الثالث:

ذهب الحنابلة والشافعية في كيفية تقدير المنفعة إلى التفريق بين أن تكون الوصية مقيدة بمدة معلومة، أو لا، كما لو كانت مطلقة، أو مؤبدة، أو مجهولة المدة، كما لو أوصى له بالمنفعة مدة حياته.

فإن كانت الوصية مقيدة بمدة معينة، فيمكن تقدير المنفعة بمعرفة الفرق ما بين قيمة العين بمنافعها في تلك المدة، وقيمة العين مسلوبة المنافع في تلك المدة، فإذا قومت العين بمنفعتها بخمسين تلك المدة، وقومت العين بدون المنفعة في تلك المدة بعشرة، تكون قيمة المنفعة أربعين.

فإن كانت الوصية مدتها غير معلومة، ففي تقدير المنفعة قولان:

القول الأول: أن الثلث يقدر بمجموع الرقبة والمنفعة كما هو مذهب الحنفية.

(١) المدونة (٦/ ٤٦).

(٢) انظر المغني (٦/ ٩٢).

❑ **وجه هذا القول:**

أن العين إذا سلبت منفعتها بشكل دائم تبقى العين لا قيمة لها، فالأعيان إنما قيمتها بمنفعتها.

ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها؛ لأن مدة عمره غير معلومة، وإذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة.

القول الثاني: تقوم الرقبة على ملك الورثة، وتقوم المنفعة على ملك الموصى له، فإذا كانت الرقبة قيمتها بمنافعها مائة، وقيمة العين وحدها عشرة، تكون قيمة المنفعة تسعين[١].

قال إمام الحرمين: «اختلف أئمتنا فيما يعتبر خروجه من الثلث:

فمنهم من قال: المعتبر خروج قيمة العين من الثلث؛ فإنها مسلوبة المنفعة في جهة الوصية، والتصرفات ممتنعة على الورثة بحيلولة دائمة، وكأن العين مستهلكة من حقوقهم، وكأن الوصية واقعة بالرقبة.

ومن أصحابنا من قال: تعتبر قيمة المنافع وخروجها من الثلث؛ فإنها الموصى بها، والسبيل في اعتبارها أن نقول: هذا العبد كم يساوي مع وفور المنفعة؟ فيقال: مائة، فنقول: كم قيمته، وهو مستحق المنافع؟ فيقال: عشرة، فتتبين أن قيمة المنفعة تسعون.

فهذا وجه الوصول إلى معرفة قيمة المنفعة، ومعنى اعتبارها من الثلث»[٢].

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ١٩٢)، نهاية المطلب (١١/ ١٣١)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٢١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٢٠٥)، المغني (٦/ ٩٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٧٦).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ١٣١).

وقال ابن قدامة: «متى أريد تقويمها - يعني تقويم المنفعة الموصى بها - فإن كانت الوصية مقيدة بمدة، قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها، وإن كانت الوصية مطلقة في الزمان كله: فقد قيل: تقوم الرقبة بمنفعتها جميعًا، ويعتبر خروجها من الثلث؛ لأن عبدًا لا منفعة له، وشجرًا لا ثمر له، لا قيمة له غالبًا.

وقيل: تقوم الرقبة على الورثة، والمنفعة على الموصى له.

وصفة ذلك: أن يقوم العبد بمنفعته، فإذا قيل: قيمته مائة. قيل: كم قيمته لا منفعة فيه؟ فإذا قيل: عشرة. علمنا أن قيمة المنفعة تسعون»[١].

❑ الراجح:

أن الوصية بالمنفعة صحيحة، وأنها معتبرة بالثلث كالوصية بالأعيان، فإن كانت مؤبدة أو مطلقة، استحق الموصى له الوصية ما بقيت المنفعة، وتورث عنه، وإن كانت مؤقتة بمدة استحق تلك المنفعة تلك المدة، وتورث عنه إن بقي في المدة بقية، وفي تقييم المدة أرى أن تفصيل الشافعية والحنابلة أقرب إلى الصواب، والله أعلم.



(١) المغني (٦/ ٩٢).



الفرع الرابع
في نفقات العين الموصى بمنفعتها

[م-١٦٨٧] إذا أوصى الرجل بمنفعة دابة أو سكنى الدار لرجل، وكانت العين ملكًا للورثة أو أوصى بها لآخر فعلى من تجب النفقة، هل تجب على من يملك العين، أو تجب على من يملك المنفعة.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن النفقة تجب على صاحب المنفعة. وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، وقول الإصطخري من الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، ورجحه ابن قدامة في المغني[(١)].

قال الشلبي: «ونفقة العبد الموصى بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة، وبه قال الإصطخري وأحمد في رواية»[(٢)].

---

(١) المبسوط (٢٧/ ١٨٦)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٣)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ١٣٣)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤٨٩)، المدونة (٦/ ٣٢)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٢٢)، نهاية المطلب (١١/ ١٣٦)، المغني (٦/ ٩٣)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٦٩)، كشاف القناع (٤/ ٣٧٥).
وقال في الإنصاف (٧/ ٢٦٧): «والوجه الثالث: أنه على الموصى له، وهو مالك المنفعة، وهو المذهب، صححه في التصحيح، واختاره المصنف، والشارح. وجزم به في المنور، ومنتخب الأزجي. وقدمه في الخلاصة، والمحرر، والنظم، وتجريد العناية».

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٣).

وجاء في المدونة: «سألت مالكًا عن الرجل يوصي بخدمة جاريته أو عبده لأم ولده أو لأجنبي من الناس، على من نفقته؟ قال: على الذي أخدم»[١].

وقال ابن قدامة: «ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة. وهو قول أصحاب الرأي، والإصطخري، وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأنه يملك نفعه على التأبيد، فكانت النفقة عليه، كالزوج، ولأن نفعه له، فكان عليه ضره، كالمالك لهما جميعًا، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد، فيصير معنى الوصية: أوصيت لك بنفع عبدي، وأبقيت على ورثتي ضره»[٢].

❑ **وجه هذا القول:**

تشبيه استحقاق المنفعة باستحقاق الزوج منفعة البضع، والنفقة واجبة على الزوج فكذلك النفقة على مالك المنفعة.

ويناقش:

بأن هذا القول يمكن التسليم به في حال كانت الخدمة الموصى بها مؤبدة، أما إذا كانت مؤقتة فإن القول ضعيف.

القول الثاني:

أنها تجب على مالك العين، وبه قال أبو ثور من الحنفية، وهو الأصح في مذهب الشافعية، وذكره الشريف أبو جعفر مذهبًا لأحمد[٣].

---

(١) المدونة (٦/ ٣٢).

(٢) المغني (٦/ ٩٣).

(٣) البناية (١٣/ ٤٨٩)، نهاية المطلب (١١/ ١٣٦)، روضة الطالبين (٦/ ١٨٩)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥١٦)، الإنصاف (٧/ ٢٦٦).

قال إمام الحرمين: «القول في نفقة العبد الموصى بمنفعته: حاصل ما ذكره الأصحاب أوجه: أصحها، أن نفقة العبد تجب على الورثة؛ فإن ملك الرقبة لهم»[(١)].

وقال النووي: «إذا كانت الوصية بمنفعة مدة معلومة، فنفقته على الوارث، كالمستأجر.

وإن كانت على التأبيد، فثلاثة أوجه:

أصحها: كذلك.

والثاني: على الموصى له.

والثالث: في كسبه.

فإن لم يكن كسب، أو لم يف بها، ففي بيت المال»[(٢)].

وجاء في الشرح الكبير على المقنع: «وفي نفقتها ثلاثة أوجه:

أحدها: تجب على مالك الرقبة، وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبًا لأحمد، ويه قال أبو ثور . . .»[(٣)].

❑ وجه هذا القول:

قياس نفقة العبد الموصى بمنفعته على العبد المستأجر، فإذا كانت نفقة العبد المستأجر على المالك فكذا نفقة الموصى بخدمته، وكما لو لم يكن له منفعة.

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ١٣٦).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٨٩).

(٣) الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥١٦).

ويناقش:

هذا يصح فيما إذا كانت الخدمة مؤقتة، أما إذا كانت مؤبدة فالقياس فيه نظر.

القول الثالث:

إن كان له كسب وجبت النفقة في كسبه، وإن لم يكن له كسب وجبت نفقته في بيت المال، وهذا وجه في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة[١].

قال إمام الحرمين: «ذكر العراقيون وجهًا ثالثًا في النفقة، فقالوا: نفقة العبد تتعلق بكسبه وحق الموصى له وراء عمل العبد في تحصيل مؤنته، ثم قالوا: إن عجز العبد عن الكسب، فصاحب هذا الوجه لا يوجب نفقته على الورثة، ولا على الموصى له، بل يوجبها في بيت المال.

وهذا فيه ضعف؛ من جهة أن صرف نفقة المملوك على بيت المال مع استظهار المالك وبقائه بعيد، وكان لا يبعد في قياس هذا الوجه أن يقال: النفقة تتعلق بالكسب، فإن لم يكن، انقلب وجوبها إلى الوارث، أو إلى الموصى له»[٢].

❑ الراجح:

أن المنفعة إن كانت مؤبدة للموصى له وجبت عليه نفقته، وإن كانت مؤقتة كانت نفقته على المالك، والله أعلم.

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ١٨٩)، نهاية المطلب (١١/ ١٣٦-١٣٧)، الإنصاف (٧/ ٢٦٦).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ١٣٦-١٣٧).

الفرع الخامس
في بيع العين الموصى بمنفعتها

[م-١٦٨٨] إذا أراد مالك الرقبة الموصى بمنفعتها لآخر، إذا أراد بيعها، فإما أن يبيعها للموصى له بالمنفعة، أو يبيعها لغيره.

فإن باعها للموصى له بالمنفعة صح البيع، وبطلت الوصية.

❑ وجه ذلك:

أن المشتري لما ملك الرقبة ملك المنفعة من جهتين من جهة الوصية، ومن جهة ملك العين، وملك المنفعة بملك العين أقوى وأبقى، فبطلت الوصية.

فإن باعها لغير الموصى له بالمنفعة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

القول الأول:

ليس للورثة أن يبيعوا العين، وليس للموصى له بسكنى الدار أن يؤجرها. وهذا مذهب الحنفية، ووافقهم الشافعية في وجه منع المالك من بيع العين[1].

قال الماوردي: «إن أراد ورثة الموصي بيعه، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز لثبوت الملك.

---

(١) المبسوط (٢٧/ ١٨٢)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٢٢)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٨٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٨٧)، البحر الرائق (٨/ ٥١٣)، النتف في فتاوى السغدي (٢/ ٨١٤)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٣)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٧٠)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٢٣).

والثاني: لا يجوز؛ لعدم المنفعة.

والثالث: يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعة، ولا يجوز من غيره، لأن الموصى له ينتفع به، دون غيره»[١].

❑ وجه القول بذلك:

البيع يشترط لصحته: الملك، واشتماله على منفعة مباحة مقصودة، فإن وجد شرط الملك، فلم توجد المنفعة لأن المنفعة مملوكة لآخر، فلا فائدة من بيع عين مسلوبة المنفعة.

وأما منع الموصى له من الإجارة: فلأن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارًا بالإعارة، فإنها تمليك بغير بدل.

ويجاب:

بأن الإعارة ليس فيها تمليك للمنفعة، وإنما يملك فيها المستعير الانتفاع، وبينهما فرق، فمن ملك المنفعة ملك تمليكها ببدل وبغيره كالمستأجر، ومن ملك الانتفاع لم يملك تمليك غيره كالعارية، والله أعلم.

القول الثاني:

يجوز لمالك العين الموصى بمنفعتها أن يبيع العين، وينتقل الملك إلى المشتري الجديد مع بقاء حق الموصى له في المنفعة، وهذا مذهب الجمهور، وبه قال أبو يوسف من الحنفية[٢].

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٢٢٣).

(٢) المبسوط (٢٧/ ١٨٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٣)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٢٣)، المغني (٦/ ٩٤).

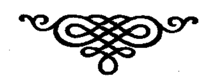
❑ **وجه القول بذلك:**

قياس الوصية بالمنفعة على الوصية بالأعيان، فمن ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل ومن غير بدل.

وقياس الوصية بالمنافع على العين المستأجرة، فإن للمؤجر أن يبيع العين، وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجره، فكذلك هنا.

❑ **الراجح:**

صحة بيع العين من مالكها، وصحة تأجير المنفعة من الموصى له، لأن التصرف صادر من مالك، ومن ملك شيئًا ملك التصرف فيه، والله أعلم.





الشرط الثاني
أن يكون الموصى به مملوكًا للموصي

[م-١٦٨٩] هل يشترط في الموصى به أن يكون مملوكًا للموصي؟

للجواب على ذلك نقول: الموصى به إذا كان غير مملوك فإنه ينقسم إلى قسمين:

الأول: أن يكون الموصى به موصوفًا غير معين، فهذا يدخل في الوصية بالمعدوم، وقد تكلمت عليه في مبحث مستقل.

الثاني: أن يكون الموصى به معينًا مملوكًا للغير، فهذا قد اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول:

يشترط لصحة الوصية إذا كان الموصى به معينًا أن يكون مملوكًا للموصي وقت الوصية.

وهذا مذهب المالكية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة، وبه قال بعض الحنفية(١).

ذكر الدردير من شروط الوصية: أن يكون من «مالك للموصى به ملكًا تامًا، فمستغرق الذمة، وغير المالك لا تصح وصيتهما»(٢).

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٢٥٥)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٩٦)، روضة الطالبين (٦/ ١١٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٧٢)، كشاف القناع (٣/ ٣١٨)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٨٩).

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢).

وجاء في منح الجليل: «تصح من كل حر مميز، ولا تصح من العبد ولا من المجنون، مالك للموصى به، فلا يصح بمال الغير فضوليا، أو مستغرق الذمة بالتبعات»(١).

وقال في إعانة الطالبين: «وشرط في الموصي ... من كونه مالكًا بالغًا عاقلًا حرًا مختارًا»(٢).

وجاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: «يؤخذ من اعتبار تصور الملك اشتراط كون الموصى به مملوكًا للموصي، فتمتنع الوصية بمال الغير»(٣).

جاء في كشاف القناع: «لا تصح الوصية بمال الغير، ولو ملكه بعد، بأن قال: وصيت بمال زيد، فلا تصح الوصية، ولو ملك الموصي مال زيد بعد الوصية؛ لفساد الصيغة بإضافة المال إلى غيره»(٤).

وقال ابن الهمام الحنفي: «الموصى به إذا كان معينًا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى إن من أوصى لإنسان بعين لا يملكه، ثم ملكه يومًا من الدهر، لا تصح الوصية»(٥).

❑ وجه القول بعدم الصحة:

الوجه الأول:

أن مالكه يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلًا لتصرف شخصين.

---

(١) منح الجليل (٩/ ٥٠٤).
(٢) إعانة الطالبين (٣/ ٢٥٥).
(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٩٦).
(٤) كشاف القناع (٣/ ٣١٨).
(٥) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٣٣).

الوجه الثاني:

أن الوصية عقد تبرع، فيشترط في عاقده أن يكون مالكًا لصحة الوصية.

القول الثاني:

تصح الوصية بمال معين ليس مملوكًا له، وتكون موقوفة على إجازة المالك، وهو مذهب الحنفية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية، قال عنه النووي: وهو أفقه، وأجرى على قواعد الباب، وقول في مذهب الحنابلة[(١)].

جاء في تبيين الحقائق «إذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي، ودفعه إليه جاز، وله الامتناع من التسليم بعد الإجازة؛ لأنه تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازة صاحبه فإذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات»[(٢)].

وقال النووي: «إن أوصى بمال الغير، فقال: أوصيت بهذا العبد، وهو ملك غيره، أو بهذا العبد إن ملكته، فوجهان:

أحدهما: تصح؛ لأنها تصح بالمعدوم، فذا أولى.

والثاني: لا؛ لأن مالكه يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلًا لتصرف شخصين، وبهذا قطع الغزالي.

قلت: الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب، والله أعلم»[(٣)].

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٢٤)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٥٩)، تبيين الحقائق (٦/ ١٩٤)، البناية شرح الهداي (١٣/ ٤٣٧)، درر الحكام (٢/ ٤٣٨)، البحر الرائق (٨/ ٤٨٥)، روضة الطالبين (٦/ ١١٩)،

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ١٩٤).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ١١٩).

❑ الراجح:

أن الوصية بغير المملوك إما أن يكون معينًا أو موصوفًا، فإن كان موصوفًا غير معين، دخل في الوصية بالمعدوم، وقد ذهب أكثر الفقهاء على صحة الوصية بالمعدوم، سواء كان المعدوم أصالة أو تبعًا، وسبق بحث هذه المسألة، ولله الحمد.

وإن كان الموصى به معينًا مملوكًا للغير صحت الوصية به، فإن ملكه قبل موته صح، وإن مات ولم يملكه صار تنفيذ الوصية موقوفًا على إجازة المالك.

وهل إجازة المالك تنفيذ للوصية، أم هي هبة مبتدأة؟ الأقرب عندي أنها هبة، والله أعلم.



الشرط الثالث
أن يكون الموصى به في حدود الثلث

المبحث الأول
إذا لم يكن للموصي وارث

[م-١٦٩٠] إذا أوصى بأكثر من الثلث، فإما أن يكون الموصي قد خلف وارثًا، أو لا.

فإن كان الموصي لم يترك وارثًا فقد اختلف العلماء في صحة الوصية إذا جاوزت الثلث على قولين:

القول الأول:

إذا لم يترك الموصي ورثة جاز له أن يوصي بماله كله، وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة، وأحد القولين عند المالكية، واختيار إسحاق بن راهوية، وهو قول عبيدة ومسروق[(١)].

قال في بدائع الصنائع: «ولو أوصى بما زاد على الثلث، ولا وارث له تجوز

(١) عمدة القارئ (٨/ ٩١)، المبسوط (١٨/٢٩)، النتف في الفتاوى للسغدي (٢/ ٨٤٣)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٠)، البناية للعيني (١٣/ ٣٩١)، فتح القدير (٨/ ٣٩٩)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٢)، التاج والإكليل (٥/ ٢٤٤)، الإنصاف (٧/ ١٩٢)، المغني (٦/ ١٢٣)، المبدع (٦/ ١٠)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٧٥)، القواعد لابن رجب (ص٣٦٨)، كشاف القناع (٤/ ٣٣٩)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٢٧٢)، شرح مسلم للنووي (١١/ ٧٧).

من جميع المال عندنا، وعند الشافعي لا تجوز إلا من الثلث»[١].

وجاء في الإنصاف: «أما من لا وارث له، فتجوز وصيته بجميع ماله، هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب..»[٢].

❑ دليل من قال: له أن يوصي بماله كله:

الدليل الأول:

أن الرسول لما منع سعدًا من الوصية بأكثر من الثلث علل ذلك بقوله ﷺ: إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس.

فجعل المنع من الزيادة حقًا للورثة، ولذلك لو كان هناك ورثة وأجازوا الوصية بالمال كله صحت، ونفذت بجميع ماله، ولو كان المنع لحق الله لما نفذت بالإجازة.

ونوقش هذا الكلام من وجهين:

الوجه الأول:

قال ابن حزم: «أما قولهم: إن رسول الله ﷺ جعل العلة في أن لا يتجاوز الثلث غنى الورثة فباطل من قولهم، ما قال عليه الصلاة والسلام قط: إن أمري بأن لا يتجاوز الثلث في الوصية؟ إنما هو لغنى الورثة، إنما قال عليه الصلاة والسلام: «الثلث والثلث كثير»؟ فهذه قضية قائمة بنفسها، وحكم فصل غير متعلق بما بعده ثم ابتدأ عليه الصلاة والسلام قضية أخرى مبتدأة قائمة بنفسها،

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٠).

(٢) الإنصاف (٧/ ١٩٢).

غير متعلقة بما قبلها، فقال: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».

برهان صحة هذا القول: أنه لا يحل أن ينسب إلى رسول الله ﷺ أنه علل علة فاسدة منكرة حاش له من ذلك، ونحن نجد من له عشرة من الورثة فقراء ولم يترك إلا درهمًا واحدًا فإن له بإقرارهم أن يوصي بثلثه، ولا يترك لهم ما يغنيهم من جوع غداء واحدًا، ولا عشاءً واحدًا.

ونحن نجد من لا يترك وارثًا إلا واحدًا غنيًا موسرًا مكثرًا، ولا يخلف إلا درهمًا واحدًا، فليس له عندهم ولا عندنا أن يوصي إلا بثلثه، وليس له غنى فيما يدع له؟ ولو كانت العلة ما ذكروا لكان من ترك ابنًا واحدًا، وترك ثلاثمائة ألف دينار يكون له أن يوصي بالنصف؛ لأن له فيما يبقى غنى الأبد، فلو كانت العلة غنى الورثة لروعي ما يغنيهم على حسب كثرة المال وقلته وهذا باطل عند الجميع.

فصح أن الذي قالوا باطل، وأن الشريعة في ذلك إنما هو تحديد الثلث فما دونه فقط قل المال أو كثر، كان فيه للورثة غنى أو لم يكن»[(١)].

ويناقش:

بأنه إنما جاز أن يوصي بماله كله مع عدم الوارث، ولم يجز أن يوصي بأكثر من الثلث مع الوارث، وإن كان الوارث غنيًا؛ لأن الوارث له حق شرعًا في مال الموصي، فحقه لا يسقط بغناه، فإذا لم يكن هناك وارث فليس هناك صاحب حق، ولهذا جازت الوصية بماله كله.

---

(١) المحلى، مسألة (١٧٥٤).

الوجه الثاني:

أن الورثة إذا أجازوا الوصية بالمال كله جازت ليس هذا دليلًا على أن المنع من الوصية بأكثر من الثلث كان حقًا للورثة، فإذا لم يكن هناك وارث صحت بالمال كله، وإنما تجوز بالإجازة على أنها هبة من الورثة، وليست وصية من الميت، وبينهما فارق كبير، وقد تكلمنا على هذه المسألة في بحث مستقل، ولله الحمد.

الدليل الثاني:

(ث-٢٣٤) ما رواه عبد الرزاق في المصنف، قال: عن الثوري، عن أبي إسحاق الهمداني، عن أبي ميسرة، عمرو بن شرحبيل قال: **قال لي عبد الله بن مسعود: إنكم من أحرى حي بالكوفة، أن يموت أحدكم، ولا يدع عصبة، ولا رحمًا فما يمنعه إذا كان كذلك، أن يضع ماله في الفقراء والمساكين**[(١)].

[صحيح][(٢)].

---

(١) المصنف (١٦٣٧١).

(٢) ومن طريق عبد الرزاق أخرجه الطبراني في الكبير (٩٧٢٣).
ورواه سعيد بن منصور في سننه (٢١٦) عن وكيع، عن أبي إسحاق به. وإسناده صحيح.
ورواه الأعمش من طريقين مختلفين:
فقد رواه سعيد بن منصور (٢١٧) عن أبي معاوية، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن همام بن الحارث، عن عمرو بن شرحبيل به. وهذا إسناد صحيح.
ورواه ابن أبي شيبة في المصنف، تحقيق عوامة (٣١٥٤٨) عن وكيع،
والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٤٠٣) من طريق يحيى بن عيسى، كلاهما عن الأعمش، قال: سمعت الشعبي يقول في المسجد مرة: سمعت حديثًا ما بقي أحد سمعه =

الدليل الثالث:

المسلمون يستحقون هذا المال لا على سبيل الميراث، وإنما باعتبار أنه مال لا مالك له، وإذا كان كذلك فلمالكه أن يضعه حيث يشاء، وإذا كان للإمام أن يضعه حيث يشاء فإن صاحبه أولى من الإمام.

= غيري، سمعت عمرو بن شرحبيل يقول: قال عبد الله: «إنكم معشر اليمن من أجدر قوم أن يموت الرجل ولا يدع عصبة فليضع ماله حيث شاء.

زاد ابن أبي شيبة، فقال الأعمش: فقلت لإبراهيم: إن الشعبي قال: كذا وكذا، قال إبراهيم: حدثني همام بن الحارث، عن عمرو بن شرحبيل، عن عبد الله مثله. فصار هذان الطريقان محفوظين عن الأعمش.

ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٤٠٣) من طريق شعبة، عن الحكم، عن إبراهيم، عن عمرو بن شرحبيل، عن عبد الله.

وأعتقد أن إبراهيم لم يسمعه من عمرو بن شرحبيل، وإنما سمعه من همام بن الحارث.

ورواه عبد الرزاق (١٦١٨٠) عن مغيرة، عن إبراهيم، أن ابن مسعود ﷺ، قال لرجل: يا معشر أهل اليمن مما يموت الرجل منكم . . . وذكره الأثر.

وإبراهيم لم يسمع من ابن مسعود، وإنما رواه عن همام بن الحارث، عن عمرو بن شرحبيل، عن عبد الله.

ورواه أبو يوسف في الآثار (٧٨٥) من طريق أبي حنيفة، عن الهيثم، عن عامر، عن ابن مسعود.

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣١٤٣٤) حدثنا وكيع.

والإمام أحمد في العلل: (٦٦١) حدثنا أبو قطن.

والدارمي في ؛السنن" : (٣١٥٩) أخبرنا أبو نعيم وعبد الله بن زيد.

والطحاوي في «شرح معاني الآثار»: (٤/ ٤٠٣) من طريق عبد الرحمن - يعني ابن مهدي - ومن طريق يزيد بن هارون فرقهما، كلهم عن شعبة عن سلمة بن كهيل قال: سمعت أبا عمرو الشيباني قال: سمعت ابن مسعود ﷺ يقول: السائبة يضع ماله حيث شاء. وإسناده صحيح.

قال الطحاوي: «إن المسلمين لا يستحقون ماله بعد موته على سبيل الميراث؛ لأنه لو كان كذلك لما جاز أن يستحقه الرجل مع أبيه؛ لأن الأب والجد لا يجتمعان في ميراث واحد، فعلمنا أنهم لا يستحقونه على جهة الميراث، وإنما يعطيهم الإمام من جهة أنه مال لا مالك له، وكان للإمام أن يضعه حيث يرى، فمالكه أولى بذلك من الإمام؛ لأنه كان مالكًا له إلى أن توفي، ألا ترى أنه إذا كان له وارث فأوصى بأكثر من الثلث أنه إذا لم تجزه الورثة رد إليه ما زاد؛ لأنه يأخذه ميراثًا، فإذا لم يكن ميراث، فالوصية جائزة كالثلث الذي لا يورث إذا أوصى به.

وأيضا فللإمام أن يجعله لرجل من المسلمين فالموصي بذلك أولى منه كما كان في حال الحياة»[(١)].

ونوقش هذا:

قال ابن حزم: «وأما قولهم كما للإمام أن يضعه حيث يشاء فصاحبه أولى فكلام بارد، وقياس فاسد، وهم يقولون فيمن ترك زوجة، ولم يترك ذا رحم، ولا مولى ولا عاصبًا: أن الربع للزوجة، وأن الثلاثة الأرباع يضعها الإمام حيث يشاء، وأنه ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث.

فهلا قاسوا هاهنا كما للإمام أن يضع الثلاثة الأرباع حيث يشاء، فكذلك صاحب المال ولكن هذا مقدار قياسهم فتأملوه»[(٢)].

---

(١) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٥/ ٥٤).

(٢) المحلى (٨/ ٣٦٠).

القول الثاني:

إن أوصى بأكثر من الثلث، ولا وارث له صح في الثلث فقط، وهذا مذهب المالكية، والشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة، واختيار الظاهرية، وبه قال الأوزاعي[١].

قال ابن رشد: «وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له، فإن مالكًا لا يجيز ذلك»[٢].

جاء في الحاوي الكبير: «وإن لم يكن للميت وارث، فأوصى بجميع ماله ردت الوصية إلى الثلث، والباقي لبيت المال»[٣].

وجاء في الإنصاف: «وعنه - أي عن الإمام أحمد - لا تجوز إلا بالثلث. نص عليه في رواية ابن منصور.

قال أبو الخطاب في الانتصار: هذه الرواية صريحة في منع الرد، وتوريث ذوي الأرحام. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب»[٤].

---

(١) التمهيد (٨/ ٣٨١)، الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٧/ ٢٧٣)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٥٧)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١١٨)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٦)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣١)، معالم السنن (٤/ ٨٣)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٢١)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٢٧١)، الإنصاف (٧/ ١٩٢)، المبدع (٦/ ١٠)، المغني (٦/ ١٢٣).

(٢) بداية المجتهد (٤/ ١٢١).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٥).

(٤) الإنصاف (٧/ ١٩٢).

❑ **وسبب الخلاف:**

قال ابن رشد: «هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علله بها الشارع أم ليس بخاص: وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس، كما قال عليه الصلاة والسلام: (إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس) فمن جعل هذا السبب خاصًا وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة.

ومن جعل الحكم عبادة، وإن كان قد علل بعلة، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة، قال: لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث»(١).

❑ **دليل من قال بالمنع:**

(ح-١٠٤٠) ما رواه ابن ماجه من طريق وكيع، عن طلحة بن عمرو، عن عطاء، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم**(٢).

[إسناده ضعيف جدًا، وله شواهد كلها ضعيفة، ويرجى أن يقوي بعضها بعضًا](٣).

---

(١) بداية المجتهد (٤/ ١٢١).

(٢) سنن ابن ماجه (٢٧٠٩).

(٣) ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٣٨٠) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٤١) من طريق عبد الله بن وهب، عن طلحة بن عمرو المكي به.
وهذا الإسناد ضعيف جدًا فيه طلحة بن عمرو، قال فيه الإمام أحمد: متروك. العلل (٣٤٩٧).
وقال البخاري وابن المديني: ليس بشيء كما في ميزان الاعتدال.
وله طريق آخر رواه أبو نعيم في الحلية (٤٤١٦) من طريق عقبة الأصم، حدثنا عطاء بن =

. . . .

= أبي رباح، عن أبي هريرة به، قال أبو نعيم: غريب من حديث عطاء، لا أعلم له روايًا غير عقبة.

قلت: عقبة هذا ضعيف.

وله شواهد منها:

الشاهد الأول: حديث أبي الدرداء:

رواه أحمد (٦/ ٤٤٠) والبزاز كما في مسنده (٤١٣٣)، والطبراني في مسند الشاميين (١٤٨٤) وأبو نعيم في الحلية (٨١٢١) من طريق أبي بكر بن أبي مريم، عن ضمرة، عن أبي الدرداء بنحوه.

قال البزار: ولا نعلم طريقًا عن أبي الدرداء غير هذا الطريق، وأبو بكر بن أبي مريم وضمرة معروفان بنقل العلم، قد احتمل عنهما الحديث. اهـ

وله علتان: أحدهما: الانقطاع، ضمرة بن حبيب لم يلق أبا الدرداء، ولم يذكر المزي أبا الدرداء من شيوخ ضمرة.

العلة الثانية: أبو بكر بن أبي مريم متفق على ضعفه، ولم يرو الحديث إلا من طريقه.

الشاهد الثاني: حديث معاذ بن جبل:

رواه الطبراني في المعجم الكبير(٢٠/ ٥٤) رقم ٩٤ من طريق إسماعيل بن عياش، عن عتبة بن حميد الضبي، عن القاسم أبي عبد الرحمن، عن أبي أمامة،

عن معاذ بن جبل، عن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ﷻ تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زكاة في أعمالكم.

ومن طريق إسماعيل بن عياش رواه الدولابي في الكنى والأسماء (١٥٠٥)، والدراقطني في سننه (٤/ ١٥٠). وهذا الحديث فيه ثلاث علل:

الأولى: في إسناده إسماعيل بن عياش، وحديثه عن غير الشاميين فيه اختلاط، وهذا منها، فإن شيخه عتبة بن حميد الضبي بصري.

الثانية: عتبة بن حميد شيخ إسماعيل قال فيه الإمام أحمد: ضعيف، ليس بالقوي، ولم يشته الناس حديثه. الجرح التعديل (٦/ ٢٠٤٢).

وقال أبو حاتم: صالح الحديث. المرجع السابق. =

. . . .

= العلة الثالثة: الاختلاف في رفعه، فقد رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الأعلى، عن برد، عن مكحول، أن معاذ بن جبل قال: إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في حياتكم. يعني الوصية. وهذا رجاله ثقات إلا أنه منقطع، مكحول لم يسمع من معاذ بن جبل.

الشاهد الثالث: خالد بن عبيد السلمي:

رواه الطبراني في مسند الشاميين (١٦١٣)، وفي الكبير (٤١٢٩)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (١٣٨٥)، وأبو نعيم في معرفة الصحابة (٤٥٨٩، ٤٧٤٥، ٢٤٧٢) من طريق ابن عياش، عن عقيل بن مدرك، عن الحارث بن خالد بن عبيد السلمي، عن أبيه خالد.

قال الهيثمي في الزوائد (٤/ ٢١٢): إسناده حسن.

قلت: هذا إسناد ضعيف، علته: الحارث بن خالد مجهول، ووالده مختلف في صحبته.

وجاء في البدر المنير (٧/ ٢٥٦): «في «معرفة الصحابة» لابن الأثير: خالد بن عبيد الله - وقيل: عبد الله - بن الحجاج السلمي: مختلف في صحبته، روى عنه الحارث: أن رسول الله ﷺ قال: **إن الله أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم.**

قال أبو عمر: إسناد حديثه هذا لا تقوم به حجة؛ لأنهم مجهولون. وتبعه الذهبي في مختصره، فقال: خالد بن عبيد الله بن الحجاج السلمي مختلف في صحبته، وإسناد حديثه واه».

الشاهد الرابع: حديث أبي بكر الصديق:

رواه العقيلي في الضعفاء (١/ ٢٧٥)، وابن عدي في الكامل (٢/ ٣٨٦) من طريق حفص بن عمر بن ميمون، قال: حدثنا ثور، عن مكحول، عن الصنابحي، أنه سمع أبا بكر الصديق يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم رحمة لكم، وزيادة في أعمالكم وحسناتكم.

إسناده ضعيف جدًا، في إسناده حفص بن عمر بن ميمون، وهو متروك الحديث.

ورواه أبو عثمان البحيري في فوائده من طريق أحمد بن الوليد أبي بكر البغدادي، عن إسماعيل بن عبد الله بن زرارة، أخبرنا محمد بن سليمان، عن برد بن سنان، عن محكول، عن الصنابحي، عن أبي بكر الصديق. =

وجه الاستدلال:

أن الله أباح لنا الثلث فما دونه، لم يبح لنا أكثر من ذلك.

الراجح:

أن الموصي له أن يوصي بماله كله إذا لم يكن هناك وارث، ويكفي في هذا كونه قول ابن مسعود رضي الله عنه، ولا يعلم له مخالف من الصحابة، والله أعلم.



= وهذا إسناد ضعيف أيضًا، فيه أحمد بن الوليد، مجهول الحال.

وقد روي بإسناد أحسن مما سبق عن أبي بكر إلا أنه روي عنه موقوفًا.

فقد رواه مسدد في مسنده كما في إتحاف الخيرة (٣٠٢٠) والمطالب العالية (١٥٢٨) حدثنا عبد الله بن داود، عن ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان،

أن أبا بكر رضي الله عنه، قال: إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم.

قال البوصيري: إسناده صحيح.

قلت: هذا إذا ثبت سماع خالد بن معدان من أبي بكر، ولم يثبت عندي.



المبحث الثاني
في الوصية بأكثر من الثلث مع وجود الوارث

[م-١٦٩١] اختلف الفقهاء في الرجل يوصي بأكثر من الثلث وله وارث على قولين:

القول الأول:

تصح الوصية بأكثر من الثلث، وتكون موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها صحت، ويكون ذلك تنفيذًا لما أوصى به الميت، وحكمها حكم وصية الميت، وإن لم يجيزوها بطلت.

وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية، والشافعية في الأظهر، والمشهور من مذهب الحنابلة، وأحد القولين في مذهب المالكية(١).

قال الباجي: «إذا أوصى الميت بأكثر من الثلث، فأجازته الورثة جاز،

---

(١) عمدة القارئ (٨/ ٩١)، فتح القدير (١٠/ ٤٦٨)، الهداية في شرح البداية (٤/ ٥٢٧)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٣٩١)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٨٧)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٢)، تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٦)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٠)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٥)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٥٧)، الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٧/ ٢٧٣) التمهيد (٨/ ٣٨١)، منح الجليل (٩/ ٥١٣)، الأم (٤/ ١١٠)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٨)، أسنى المطالب (٣/ ٣٣)، تحفة المحتاج (٧/ ٢١)، حاشيتا قليبوبي وعميرة (٣/ ١٦٠)، حاشية الجمل (٤/ ٤٤)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٩)، معالم السنن (٤/ ٨٥)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٠)، نهاية المطلب (١١/ ٩٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٦)، المغني (٦/ ٦٢)، المحرر (١/ ٣٧٦)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، الإقناع (٣/ ٥٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٤١).

ويكون ذلك تنفيذًا منهم لفعل الموصي، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافًا للشافعي في قوله: إنها ابتداء عطية. قال القاضي أبو محمد: والدليل على ذلك أن المنع إنما هو لحق الورثة، فإذا أجازوا فقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت، بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصي، وبمنزلة حكم الثلث»[١].

قال النووي: «ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله، فلو خالف، وله وارث خاص، فرد بطلت الوصية في الزيادة على الثلث.

وإن أجاز دفع المال بالزيادة إلى الموصى له. وهل إجازته تنفيذ لتصرف الموصي، أم ابتداء عطية من الوارث؟ قولان. أظهرهما: تنفيذ»[٢].

وقال ابن قدامة: «ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث . . . فإن فعل وقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة. فإن أجازوه جاز. وإن ردوه بطل بغير خلاف؛ ولأن الحق لهم، فجاز بإجازتهم، وبطل بردهم. وظاهر المذهب أن الإجازة صحيحة، وإجازة الورثة تنفيذ، لأن الإجازة تنفيذ في الحقيقة»[٣].

القول الثاني:

لا تصح الوصية بأكثر من الثلث، وإن أجازها الورثة كانت هبة منهم مبتدأة، لا تنفيذًا للوصية، فيشترط فيها ما يشترط في الهبة.

وهذا هو المشهور من مذهب المالكية، وهو مذهب المدونة، واختاره المزني

---

(١) المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٥٧).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٠٨).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٦).

من الشافعية، وبعض الحنابلة، وهو مذهب الظاهرية، وبه قال عبد الرحمن بن كيسان[١].

جاء في شرح الخرشي: «الوصية تبطل لغير الوارث بما زاد على ثلث الموصي يوم التنفيذ، ولا يعتبر يوم الموت، وإذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة، أو ما زاد على الثلث لغير الوارث، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية، لا أنه تنفيذ للوصية، فلا بد من قبول الموصى له، ولا تتم إلا بالحيازة قبل حصول مانع للمجيز، وأن يكون المجيز من أهل الإجازة...»[٢].

وقال العمراني: «قال الشيخ أبو حامد: لا تصح الوصية بما زاد على الثلث، قولًا واحدًا.

فإن أجازه الورثة، فهل يكون ذلك تنفيذًا لما فعله الموصي، أو ابتداء عطية من الورثة؟ على قولين:

أحدهما: لا تصح؛ لأن النبي ﷺ نهى سعدًا عن الوصية بما زاد على الثلث، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

والثاني: تصح؛ لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث فيما

---

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٤٢٧)، حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٤/ ٥٨٦)، شرح الخرشي (٨/ ١٧١)، التمهيد (٨/ ٣٨١)، منح الجليل (٩/ ٥١٣)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١٢٣)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٤-١٩٥)، البيان للعمراني (٨/ ١٥٦)، فتح الباري (٥/ ٣٧٣)، المهذب (١/ ٤٥١)، المغني (٦/ ٦٢)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٤٣٧)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، المحلى، مسألة (١٧٥٤).

(٢) شرح الخرشي (٨/ ١٧١).

بعد، وذلك لا يمنع صحة تصرفه، كما لو اشترى رجل شقصًا فيه شفعة، فباع الشقص قبل أن يأخذه الشفيع»[١].

وقال في الشرح الكبير على المقنع: «ظاهر المذهب أن الوصية للوارث وللأجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة، فعلى هذا تكون إجازته تنفيذًا وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث: أجزت، أو أمضيت، أو نفذت، فإذا قال ذلك لزمت الوصية . . . فعلى هذا لا تفتقر إلى شروط الهبة، ولا تثبت فيها أحكام الهبة؛ لأنها ليست هبة.

وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة، فعلى هذا تكون هبة تفتقر إلى شروط الهبة، وتثبت فيها أحكامها»[٢].

☐ دليل من قال: لا تصح الوصية بأكثر من الثلث:

الدليل الأول:

(ح-١٠٤١) من السنة: حديث سعد بن أبي وقاص، قال: **مرضت فعادني النبي ﷺ . . . قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة، قلت: أوصي بالنصف، قال: النصف كثير، قالت: فالثلث، قال: (الثلث والثلث كثير)**[٣].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ منع سعدًا من الوصية بأكثر من الثلث، ولم يعلق على ذلك على إجازة الوارث، فدل على أن الوصية بأكثر من ذلك لا تصح مطلقًا.

---

(١) البيان للعمراني (٨/ ١٥٧).

(٢) الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٤٣٧).

(٣) صحيح البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).

الدليل الثاني:

(ح-١٠٤٢) ما رواه ابن ماجه من طريق وكيع، عن طلحة بن عمرو، عن عطاء، عن أبي هريرة قال: **قال رسول الله ﷺ: إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم**[١].

[إسناده ضعيف جدًا، وله شواهد كلها ضعيفة، ويرجى أن يقوي بعضها بعضًا][٢].

وجه الاستدلال:

أن الله أباح لنا الثلث فما دونه، ولم يبح لنا أكثر من ذلك.

الدليل الثالث:

(ح-١٠٤٣) ما رواه مسلم من طريق إسماعيل وهو ابن علية، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أبي المهلب، **عن عمران بن حصين، أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولا شديدًا**[٣].

قوله: (وقال له قولًا شديدًا): أي قال عنه، ففي مصنف عبد الرزاق: عن معمر، عن أيوب، وفيه: لو أدركته ما دفن مع المسلمين[٤].

(١) سنن ابن ماجه (٢٧٠٩).

(٢) سبق تخريجه، ولله الحمد.

(٣) صحيح مسلم (١٦٦٨).

(٤) المصنف (١٦٧٤٩).

وفي مسند أحمد وسنن النسائي من طريق الحسن، عن عمران: لقد هممت أن لا أصلي عليه[(١)].

فدل هذا الحديث على أن الوصية بأكثر من الثلث باطلة، ولا تنفذ وصية، ولو كانت الوصية صحيحة لما غضب منه المصطفى ﷺ، ولما قال فيه ما قال؛ لأن مثل هذا لا يقال إلا لمن فعل محرمًا.

قلت: محل الاتفاق بين القولين: أن الوصية بأكثر من الثلث إذا ردها الورثة بطلت، وإن أجازوها صحت، وهذا لا يختلف فيه الفقهاء.

ومحل الخلاف في توصيف إجازة الورثة، هل الإجازة تمليك من الورثة فتكون هبة، وتطبق عليها أحكام الهبة، أو بمنزلة إسقاط الحق، فتكون تنفيذًا للوصية.

والخلاف في هذه المسألة قولًا وأدلة هو نفس الخلاف في مسألة الوصية للوارث، هل تصح الوصية له، وتكون موقوفة على إجازة الورثة، أو لا تصح الوصية للوارث، وإذا أجازها الورثة فهل الإجازة هبة، أو وصية، وقد ذكرنا أدلة هذه المسألة في مسألة سابقة فلم نستقص ذكر الأدلة هنا اقتصارًا على ما ذكرناه هناك، وما لم نذكره هناك استوفيته هنا، ولله الحمد.

قال ابن قدامة: «والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث، كالقول في الوصية للوارث، على ما ذكرنا، وهل إجازتهم تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث»[(٢)].

---

(١) المسند (٤/ ٤٣٠)، والمجتبى (١٩٥٨).

(٢) المغني (٦/ ٦٢).

❑ والراجح:

أن ما زاد على الثلث فهو هبة من الورثة للموصى له، وذلك لأن المعروف في الوصية أنها هي التي يملكها الموصي، وتقدم على الميراث، وتلزم بموته، ولا يحق للوارث الاعتراض عليها، أما التي لا يملكها الموصي ابتداء، ولا تقدم على الميراث، ولا تلزم بموت الموصي إلا أن يأذن الوارث فهذه لا يمكن أن يقال: إنها هي الوصية التي قال الله فيها: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] فتعلق حق الوارث بها يمنع انعقادها من قبل الموصي، ويجعل العاقد الحقيقي هو الوارث، وليس الموصي، والموصي تصرف تصرفًا فضوليًا موقوفًا على إجازة المالك الحقيقي، وهو الوارث، ولذلك كان يملك أن يبطله، ويملك أن يجيزه، والله أعلم.





فرع
في وقت تقدير الثلث

[م-١٦٩٢] إذا كان الموصي يملك أن يوصي بالثلث من ماله، فمتى يقدر الثلث، هل يقدر الثلث يوم موت الموصي، أو يقدر الثلث يوم عقد الوصية، فكل مال استفاده بعد عقد الوصية لا يدخل في الثلث؟

وللجواب على ذلك نقول:

المال الموصى به إن كان معينًا تعلقت الوصية بعينه، فإن هلك بطلت الوصية، وإن بقي إلى حين موت الموصي استحقها الموصى له إن كانت من ثلث المال فأقل، وإن كان المال الموصى به مالًا شائعًا غير معين، كأن يقول: أوصيت لفلان بثلث مالي، فقد اختلف الفقهاء في وقت تقدير الثلث[1].

---

(١) جاء في فتح القدير (١٠/ ٤٣٣): «الموصى به إذا كان معينًا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى إن من أوصى لإنسان بعين لا يملكه، ثم ملكه يومًا من الدهر، لا تصح الوصية، وإذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به، حتى إذا هلك ذلك العين تبطل الوصية، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به، فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية، حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شيء، ومتى كان الموصى به غير معين، وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي، فإذا أوصى لرجل بثلث ماله، وله مال فهلك ذلك المال، واكتسب مالًا غيره، فإن ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه اهـ».

القول الأول:

له ثلث المال يوم موت الموصي، لا يوم الوصية. وهذا مذهب الحنفية، والمشهور من مذهب الشافعية والحنابلة[١].

إلا أن الحنفية خالفوا في النماء، كالولد والكسب، فالنماء عندهم يختلف حكمه قبل قسمة التركة وبعدها:

فإن حدث النماء بعد القبول وبعد قسمة التركة كان النماء للموصى له؛ لأنه نماء ملكه.

وأما إن حدث النماء قبل القسمة، ولو كان بعد القبول فالمال كله على ملك الميت، بدليل أن ينفذ وصاياه من المال، وتقضى منه ديونه، وهذا دليل على بقاء ملك الميت للمال.

ولأن المال إذا هلك قبل القسمة لا يهلك من مال الموصى له وحده، بل يهلك على الجميع، فدل على أن الموصى به لا يختص بالمال إلا بعد القسمة.

وقال القدوري: جميع النماء للموصى له كما لو حدث بعد القسمة[٢].

جاء في بدائع الصنائع: «إذا أوصى بثلث ماله، أو ربعه، وقد ذكر قدرًا من ماله مشاعًا، أو معينًا أن قدر ما يستحقه الموصى له من مال هو: ماله الذي عند

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٣)، البحر الرائق (٨/ ٤٧٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٧٣-٦٧٤)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٩)، حاشية الجمل (٤/ ٥٠)، البيان للعمراني (٨/ ١٥٩-١٦٠)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٦)، المهذب (١/ ٤٥١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٧٧)،

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ١٩٥)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٣٨)، المبسوط (٢٩/ ١٣)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٢، ٤٨٦)، الجامع الصغير (ص٥٢٤).

الموت، لا ما كان عند الوصية، حتى لو أوصى بثلث ماله، وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف، ويوم مات ثلثمائة لا يستحق الموصى له إلا مائة، ولو لم يكن له مال يوم أوصى، ثم اكتسب مالًا ، ثم مات، فله ثلث المال يوم مات، ولو كان له مال يوم أوصى فمات، وليس له مال بطلت، وصيته»[١].

وجاء في الفتاوى الهندية: «الزيادة الحادثة من الموصى به، كالولد، والغلة، والكسب، والأرش بعد موت الموصي، قبل قبول الموصى له الوصية، تصير موصى بها، حتى تعتبر من الثلث، أما إذا أحدثت الزيادة بعد قبول الموصى له، قبل القسمة، هل تصير موصى بها؟

لم يذكره محمد رحمه الله تعالى، وذكر القدوري أنه لا تصير موصى بها، حتى كانت للموصى له من جميع المال، كما لو حدثت بعد القسمة.

وقال مشايخنا: تصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث، كذا في محيط السرخسي»[٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٣).

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ١٠٧)، وانظر تكملة رد المحتار (٧/ ٢٦١)، والبناية شرح الهداية (١٣/ ٤٤٠)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٧٨).

وجاء في الجامع الصغير (ص٥٢٤): «رجل له ستمائة درهم، وأمة تساوي ثلاثمائة، فأوصى بالجارية لرجل، ثم مات فولدت ولدًا يساوي ثلاثمائة قبل القسمة، فللموصى له: الأم وثلث الولد.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: له ثلثا كل واحد منهما، وإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له والله أعلم».

فالنماء: هو الولد، وقد كان قبل القسمة فكان من مال الموصي، فأصبح المال كله يساوي ١٢٠٠ درهم، ستمائة درهم أصل المال، مضاف إليه ستمائة أخرى قيمة الأمة والولد، ومقدار الوصية ثلث المال: ٤٠٠ درهم: =

وفي مذهب الشافعية، جاء في حاشية الجمل: «ويعتبر المال الموصى بثلثه مثلًا وقت الموت، لا وقت الوصية؛ لأن الوصية تمليك بعد الموت، فلو أوصى برقيق، ولا رقيق له، ثم ملك عند الموت رقيقًا تعلقت الوصية به ولو زاد ماله تعلقت الوصية به»(١).

وقال الشيرازي في المهذب: «الاعتبار بقدر المال عند الموت، وهو المذهب؛ لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها»(٢).

جاء في كشاف القناع: «وأما اعتبار قيمة الموصى به عند تقويمه فتعتبر يوم الموت؛ لأن حق الموصى له تعلق بالموصى به تعلقًا قطع تصرف الورثة فيه، فيكون ضمانه عليه، كالعبد الجاني، وزيادته المتصلة تابعة له كسائر العقود والفسوخ»(٣).

= فعند أبي حنيفة: الوصية: الأمة ٣٠٠ درهم، وثلث الولد: ١٠٠ درهم، ليكون المجموع ٤٠٠ درهم.

وجه قول أبي حنيفة: أن الوصية قد صحت بالأم، فلو جعل الولد شريكًا لها انتقض بعض الوصية في الأم، فلا يجوز نقض الأصل بالتبع، فالتبع لا يزاحم الأصل.

وعندهما: الوصية ثلثا الأمة: ٢٠٠ درهم، وثلثا الولد ٢٠٠ درهم، ليكون المجموع: ٤٠٠ درهم.

وجه قولهما: أنها لما حبلت الأمة صار الولد موصى به تبعًا للأم، فيدخل الولد تحت الوصية، كما يدخل تحت العتق والبيع، فبقي كل واحد منهما موصى به، وهما أكثر من الثلث، فيعطى له ثلثا كل منهما.

والمهم من كل هذا: أن الولد اعتبر نماء للأمة، فلما كان قبل القسمة دخل في مال الميت، ولم يستحقه الموصى له، وهذا هو الشاهد من إيراد هذا النص.

(١) حاشية الجمل (٤/ ٥٠).

(٢) المهذب (١/ ٤٥١).

(٣) كشاف القناع (٤/ ٣٤٨).

❑ وجه القول بأن المعتبر في الثلث يوم موت الموصي:

الوجه الأول:

أن الوصية إيجاب معلق بالموت فاعتبر الثلث وقت وقوع الإيجاب.

الوجه الثاني:

أن حق الموصى له لا يثبت إلا بموت الموصي، فاعتبر الثلث به.

القول الثاني:

أن المعتبر في الثلث وقت الموت بشرط أن يعلم به الموصي، فإن أفاد الموصي مالًا قبل موته، ولم يعلم به لم يدخل في الوصية، وهذا قول المالكية.

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن أوصى لرجل بثلث ماله، ولا مال له يوم أوصى، ثم أفاد مالا فمات؟

قال: إن علم الميت بما أفاد فللموصى له ثلثه. وهذا قول مالك، وإن لم يعلم فلا شيء له»[١].

قال القرافي: «لا تدخل الوصية إلا فيما علمه الميت؛ لأنه هو الذي توجه إليه القصد في الوصايا . . .»[٢].

ونقل القرافي عن الأبهري أنه قال: «إذا أوصى بثلثه، وحدث مال بعد الوصية، فعلم به حصلت الوصية فيه، وإن تقدمت عليه؛ لأن المقصود ثلث

---

(١) المدونة (٦/ ٣٧).

(٢) الذخيرة (٧/ ٩٤).

المال عند الموت، ولو وهب هبة، فلم تحز عنه حتى مات، لا تدخل فيه الوصية وإن رجعت ميراثًا؛ لأنه أراد الوصية فيما عداها»[١].

وقال ابن رشد: «إذا أوصى بجزء من ماله، وله مال يعلم به، ومال لا يعلم به، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم»[٢].

وقال ابن جزي: «من أوصى وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به»[٣].

❏ وجه القول باشتراط العلم:

قوله ﷺ: **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه منه**[٤].

والذي لم يعلم به الموصي لا يمكن الجزم بأن الموصي قد طاب نفسًا به.

القول الثالث:

أن المعتبر في الثلث وقت الوصية، وهو أحد الوجهين عند الشافعية[٥].

قال الماوردي: «وتجوز الوصية بثلث ماله، وإن لم يعلم قدره.

واختلف أصحابنا: هل يراعى ثلث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة؟

على وجهين:

---

(١) المرجع السابق (٧/ ٩٥).

(٢) بداية المجتهد (٤/ ١٢٣).

(٣) القوانين الفقهية (ص٢٦٧).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) البيان للعمراني (٨/ ١٥٩-١٦٠)، الحاوي الكبير (٨/ ١٩٦)، المهذب (١/ ٤٥١).

أحدهما: وهو قول . . . أكثر البغداديين، أنه يراعى ثلثه وقت الوصية، ولا يدخل فيه ما حدث بعده من زيادة؛ لأنها عقد والعقود لا يعتبر بها ما بعد.

والوجه الثاني: وهو قول . . . أكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت، ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة؛ لأن الوصايا تملك بالموت فاعتبر بها وقت ملكها.

فعلى هذين الوجهين: إن وصى بثلث ماله، ولا مال له، ثم أفاد مالا قبل الموت، فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتبارًا بحال الوصية.

وعلى الوجه الثاني: تكون الوصية صحيحة اعتبارًا بحال الموت.

وعلى هذين الوجهين: لو وصى بعبد من عبيده، وهو لا يملك عبدًا، ثم ملك قبل الموت عبدًا صحت الوصية إن اعتبر بها حال الموت، وبطلت: إن اعتبر بها حال القول.

وعلى هذين الوجهين: لو وصى بثلث ماله، وله مال، فهلك ماله، وأفاد غيره، صحت الوصية في المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت، ويطلت إن اعتبر بها حال الوصية»[1].

❑ وجه القول بأن المعتبر وقت الوصية:

أن الوصية عقد، والمعتبر في العقود هو يوم عقدها.

ونوقش هذا:

بأن التمليك في الوصية مضاف إلى ما بعد الموت، فهو وقت لزومها، ولأننا

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ١٩٦).

إذا قلنا: إن المعتبر هو وقت الوصية منعنا الموصي من الوصية بثلث ماله؛ لأن المال معرض للزيادة والنقص، وقد أعطاه الشرع هذا الحق، فكان المعتبر هو يوم الموت.

❑ الراجح:

أن المعتبر في تقويم مال الميت هو يوم الموت، وهو وقت تنفيذ الوصية وانتقال المال من الميت إلى الورثة والموصى له، إلا أن تتعلق الوصية بشيء معين، فإن الحق يتعلق بعينه بشرطين: أن يبقى إلى الموت. وأن تكون قيمته من الثلث فأقل، والله أعلم.



الباب الخامس
في مبطلات الوصية

الفصل الأول
إبطال الوصية من جهة الموصي

المبحث الأول
إبطال الوصية بجنون الموصي

[م-١٦٩٣] اختلف العلماء في إبطال الوصية بالجنون:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الجنون الطارئ بعد إيجاب الوصية لا يبطلها، وكذلك تصح وصية من يجن أحيانًا إذا أوصى في حال إفاقته.

قال الباجي في المنتقى نقلًا عن عبد الملك «تجوز وصية المجنون في حال إفاقته، كما تجوز شهادته في حال إفاقته إن كان عدلًا»(١).

وقال ابن عبد البر: «وتجوز وصية المجنون اذا أوصى في حال إفاقته»(٢).

وقال ابن قدامة: «وأما الذي يجن أحيانًا ويفيق أحيانًا، فإن أوصى في حال

(١) المنتقى للباجي (٦/ ١٥٥)، وانظر شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١١١).
(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٤٥)

جنونه لم تصح، وإن أوصى في حال عقله صحت وصيته؛ لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته، ووجوب العبادة عليه، فكذلك في وصيته وتصرفاته»[١].

وقال في كشاف القناع: «وتصح الوصية في إفاقة من يخنق في بعض الأحيان؛ لأنه في إفاقته عاقل»[٢].

القول الثاني:

فرق الحنفية بين الجنون المطبق وبين الجنون غير المطبق، فالأول يبطل الوصية دون الثاني على خلاف بين الحنفية في تقدير مدة الجنون المطبق[٣].

فقيل: سنة، وقيل: تسعة أشهر، وقيل: ستة أشهر، وقيل: شهر، وقيل: التفويض لرأي القاضي، وعليه الفتوى[٤].

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة في مبحث سابق عند الكلام على شروط الموصي فأغنى ذلك عن إعادة ذكر الأدلة هنا.

وقد رجحت أن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فإذا كان عقد الوصية حين عقده قد توفرت فيه أهلية العاقد لم يبطله تعرض صاحبه لجنون، كما لا يبطله تعرضه لغيبوبة مطبقة، فإن الإغماء يغطي العقل، وهو نوع من المرض، وكما أن الجنون الطارئ لا يلغي كل عباداته وعقوده السابقة من بيع، وإجارة ونحوهما، فكذلك الوصية، والله أعلم.

---

(١) المغني (٦/ ١٢٠).

(٢) كشاف القناع (٤/ ٣٣٧)، وانظر الإقناع (٣/ ٤٧).

(٣) المحيط البرهاني (٤/ ٦٨)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٨٣) و (٦/ ٦٦٣)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٠٩)،

(٤) انظر حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٨٣).

المبحث الثاني
في إبطال الوصية بردة الموصي

[م-١٦٩٤] اختلف العلماء في بطلان الوصية بردة الموصي، وخلافهم راجع إلى اختلافهم في حكم تصرفه في ماله بعد ردته، فمن قال: إن ملك المرتد لماله يزول بردته أبطل وصيته كالمالكية.

ومن قال: إن ملكه لا يزول عنه بردته، فاختلفوا:

فقيل: لا تبطل وصيته بردته كأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية؛ لأن وجوب قتله لا يمنع من صحة وصيته كالحربي.

وقيل: بل ماله موقوف، فإن مات على ردته بطلت، وإن رجع إلى الإسلام قبل موته نفذت وصيته، وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة، وبه قال أبو حنيفة في المرتد فقط دون المرتدة، والفرق عنده راجع إلى أن المرتد يجب قتله إلا أن يرجع إلى الإسلام بخلاف المرتدة.

إذا علم ذلك من حيث الإجمال، نأتي إلى تفصيل أقوال أهل العلم فنقول:

القول الأول:

تبطل الوصية بالردة مطلقًا حال ردته ولو رجع المرتد للإسلام لم تصح وصيته وهذا مذهب المالكية، وهو قول في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة[1].

---

(١) منح الجليل (٩/ ٥٠٥، ٥١٢)، الذخيرة (٧/ ١٠)، شرح الخرشي (٨/ ١٧١)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٣٠٧)، روضة الطالبين (١٠/ ٧٩)، الإنصاف (٧/ ١٨٤).

واستثنى المالكية ما إذا رجع إلى الإسلام، وكانت وصيته مكتوبة، فإنها تصح.

قال الخرشي: «الوصية تبطل بردة الموصي أو الموصى له ولذا نكر الردة، ما لم يرجع للإسلام، وإلا جازت إن كانت مكتوبة، وإلا فلا»[١].

وقال أيضًا: «وإذا أوصى بوصايا، ثم ارتد عن الإسلام، فإن توبته تسقط ما أوصى به»[٢].

وقال القرافي: «ولا تنفذ وصية المرتد، وإن تقدمت ردته الوصية؛ لأن الوصية إنما تعتبر زمن التمليك، وهو زمن الموت»[٣].

وجاء في الفواكه الدواني: «تبطل أيضًا بارتداد الموصي أو الموصى له، ولو رجع المرتد للإسلام»[٤].

وفي حاشية العدوي: «وأما وصايا المرتد فباطلة وإن تقدمت حال إسلامه»[٥].

القول الثاني:

لا تبطل الوصية بالردة، ويكون حكم وصيته حكم من انتقل إليهم، فما صح منهم صح منه، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[٦].

---

(١) الخرشي (٨/ ١٧١).

(٢) شرح الخرشي (٨/ ٦٨).

(٣) الذخيرة (٧/ ١٠).

(٤) الفواكه الدواني (٢/ ١٣٣).

(٥) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٥).

(٦) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٩٥)، البناية (١٣/ ٤٩٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٢).

فلو أنه ارتد إلى اليهودية أو النصرانية، وأوصى بما هو قربة عند المرتد وقربة عند الموصى لهم صحت، أو بما هو معصية عندهما لم تصح، وإن أوصى بما هو قربة عند المرتد، ومعصية عند الموصى لهم، ولم يقصد في الوصية نفع قوم بأعيانهم لم تصح الوصية عندهما.

قال الزيلعي: «ذكر العتابي في الزيادات: أن من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية، فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم، فما صح منهم صح منه، وهذا عندهما»[١].

وجاء في الفتاوى الهندية: «لو ارتد مسلم إلى اليهودية أو النصرانية أو المجوسية، ثم أوصى ببعض هذه الوصايا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتوقف ... وعندهما تصرفات المرتد نافذة للحال، فيصح منه ما يصح من القوم الذين انتقل إليهم، حتى لو أوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا، وكان ذلك لقوم غير معينين لا يصح عندهما»[٢].

القول الثالث:

المرتد ملكه موقوف، فإن مات أو قتل كافرًا بطلت الوصية، وإن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وهذا قول أبي حنيفة، والمذهب عند الشافعية، والحنابلة[٣].

جاء في حاشية الجمل: «والمعتمد أن وصيته موقوفة كسائر تصرفاته»[٤].

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٥).
(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٢).
(٣) أسنى المطالب (٣/ ٣٠)، منهاج الطالبين (ص٢٩٤)،
(٤) حاشية الجمل (٤/ ٤٢).

وقال النووي: «وفي زوال ملكه عن ماله بها أقوال، أظهرها: إن هلك مرتدًا بان زواله بها، وإن أسلم بان أنه لم يزل . . . وإذا وقفنا ملكه فتصرفه إن احتمل الوقف، كعتق، وتدبير، ووصية موقوف إن أسلم نفذ وإلا فلا»(١).

وقال في الإنصاف: «ومن ارتد عن الإسلام لم يزل ملكه بل يكون موقوفًا، وتصرفاته موقوفة، فإن أسلم: ثبت ملكه وتصرفاته، وإلا بطلت»(٢).

وفي كشاف القناع: «ويكون ملكه موقوفًا، فإن أسلم ثبت ملكه، وإن قتل أو مات كان ماله فيئًا»(٣).

وقال أبو الخطاب الحنبلي: «ولا يزول ملك المرتد عن ماله بنفس الردة، بل يكون موقوفًا، وإن تصرف وقع تصرفه موقوفًا، فإن عاد الى الإسلام نفذ تصرفه، وإن قتل على كفره لم ينفذ تصرفه»(٤).

وهذا قول أبي حنيفة في المرتد فقط دون المرتدة؛ لأن الردة من المرأة لا يوجب قتلها عنده، بل تستتاب، فإن تابت خلي سبيلها، وإلا أجبرت على الإسلام بالحبس، بخلاف المرتد، فإنه إما أن يقتل أو يسلم، ولهذا تكون وصاياه موقوفة، إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا(٥).

---

(١) منهاج الطالبين (ص٢٩٤).

(٢) الإنصاف (١٠/ ٣٣٩)، وانظر شرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٠٢)، مطالب أولي النهى (٦/ ٣٠١).

(٣) كشاف القناع (٦/ ١٨٢).

(٤) الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص٥٤٧).

(٥) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٣٧)، فتح القدير (١٠/ ٤٩٥)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٩٥)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤٩٨)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٤٦)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٥٨)، حاشية الجمل (٤/ ٤٢).

وقال في العناية عن وصية المرتد: «جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة، إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وإلا فلا»[١].

وقال ابن الهمام: «وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها؛ لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم»[٢].

وجاء في البحر الرائق: «من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم، فما صح منهم صح منه، وهذا عندهما، وأما عند أبي حنيفة فوصيته موقوفة، ووصايا المرتدة نافذة بالإجماع؛ لأنها لا تقتل عندنا»[٣].

وقوله: (بالإجماع) أي إجماع الحنفية.

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة في مبحث سابق عند الكلام على شروط الموصي فأغنى ذلك عن إعادة ذكر الأدلة هنا.

وقد رجحت أن الوصية لا تبطل بالردة، وكونها صحيحة لا يعني القول بصحة نفاذها، فهي تبقى صحيحة؛ لأنه يملك، وملكه باق على ماله كسائر تصرفاته، ويقضى من ماله ديونه، وكسبه بعد ردته كسب صحيح، فإن رجع إلى الإسلام قبل قتله نفذت وصيته، وإن قتل عقوبة له على ردته، أو مات بطلت وصاياه كسائر عمله، وهل يكون ماله لأقاربه المسلمين، أو يشاركهم فيه عموم المسلمين، حيث يصرف إلى بيت المال، والذي هو ملك لجميع المسلمين، قولان في هذه المسألة، وليس هذا موضع بحثها، والله أعلم.

---

(١) العناية (١٠/ ٤٩٥).

(٢) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٩٥).

(٣) البحر الرائق (٨/ ٥٢٠).



المبحث الثالث
بطلان الوصية برجوع الموصي عنها

[م-١٦٩٥] يجوز للموصي الرجوع عن الوصية ما دام حيًا، وهذا باتفاق الأئمة واختلفوا في الوصية بالعتق، والأكثر على صحة الرجوع[١].

قال العيني: «اجتمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله، أو بعضه»[٢].

وقال ابن عرفة: «يجوز رجوع الموصي عن وصيته إجماعًا في صحة أو مرض»[٣].

وقال الباجي: «عقد الوصية عقد جائز، غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويبطل منه ما شاء من غير عوض، أو يعوض منه غيره في صحته، أو مرضه، ما لم يمت فإذا مات فقد لزمت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئًا من ذلك، ولا يبطله ولا يبدله بغيره»[٤].

---

(١) تحفة الفقهاء (٣/ ٢٢٣)، فتح القدير (١٠/ ٤٣٦)، الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٦)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٣٦)، التمهيد (١٤/ ٣٠٩)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٨)، منح الجليل (٩/ ٥١٦)، الوسيط (٤/ ٤٧٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٠٤)، تحفة المحتاج (٧/ ٧٦)، مغني المحتاج (٣/ ٧١)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٦٠)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٨)، المبدع (٦/ ٢٥).

(٢) البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١١).

(٣) التاج والإكليل (٦/ ٣٦٩).

(٤) المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٤٨).

ويكون الرجوع عن الوصية بالقول: كأن يقول: رجعت عن الوصية، أو أبطلتها، أو نقضتها، أو فسختها، ونحو ذلك.

ويلحق به لو أخرج العين الموصى بها عن ملكه ببيع أو هبة، أو جعله مهرًا، أو وقفًا. وهذا بالاتفاق.

[م-١٦٩٦] واختلفوا فيما إذا رجع إلى الموصي بسبب جديد هل يعود موصى به، أو لا على قولين: فقيل: لا يعود، وهو قول الجمهور(١).

وقيل: يعود موصى به، وهو مذهب المالكية(٢).

ويكون الرجوع بالفعل الدال عليه كما لو فعل في الموصى به ما يدل على رجوعه عن الوصية، كذبح الشاة الموصى بها، واستهلاكها.

وكذا لو تصرف في الموصى به تصرفًا يزيل عنه الاسم الذي أوصى به، كنسج الغزل الموصى به؛ لأن الاسم انتقل عما كان عليه حال الوصية، ومنها صوغ الفضة الموصى به؛ لأن الذي أوصى به انتقل اسمه كما كان حال الوصية(٣).

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «الرجوع قد يكون نصًا، وقد يكون دلالة، وقد يكون ضرورة. أما النص فهو أن يقول الموصي: رجعت.

أما الدلالة: فقد تكون فعلًا، وقد تكون قولًا: وهو أن يفعل في الموصى به فعلًا يستدل به على الرجوع، أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع.

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٩)، روضة الطالبين (٦/ ٣٠٧)،
(٢) شرح الخرشي (٨/ ١٧٢)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٩).
(٣) الخرشي (٨/ ١٧٢).

وبيان هذه الجملة: إذا فعل في الموصى به فعلًا لو فعله في المغصوب لانقطع به ملك المالك كان رجوعًا، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه، وخاطه قميصًا، أو قباء، أو بقطن، ثم غزله أو لم يغزله، ثم نسجه، أو بحديدة ثم صنع منها إناءً أو سيفًا، أو سكينًا، أو بفضة، ثم صاغ منها حليًا، ونحو ذلك؛ لأن هذه الأفعال لما أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل، وهو الملك؛ فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلًا أولى.

ثم وجه الدلالة منها على التفصيل: أن كل واحد منها تبديل العين، وتصييرها شيئًا آخر معنى واسمًا، فكان استهلاكًا لها من حيث المعنى، فكان دليل الرجوع فصار كالمشتري بشرط الخيار إذا فعل في المبيع فعلًا يدل على إبطال الخيار يبطل خياره، والأصل في اعتبار الدلالة إشارة النبي ﷺ بقوله للمخيرة **(إن وطئك زوجك فلا خيار لك)**.

ولو باع الموصى به، ثم اشتراه، أو وهبه، وسلم، ورجع في الهبة لا تعود الوصية؛ لأنها قد بطلت بالبيع، والهبة مع التسليم لزوال الملك، والعائد ملك جديد غير موصى به، فلا يصير موصى به إلا بوصية جديدة»[1].

وقال الخرشي: «والرجوع يكون بأمور منها:

القول: كقوله أبطلت وصيتي، أو رجعت عنها.

ومنها: البيع، ما لم يشتره.

ومنها: العتق للرقبة الموصى بها، ومنها الكتابة؛ لأنها إما بيع، وإما عتق،

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٩).

ولا يقال كان يمكنه الاستغناء عن الكتابة حينئذ لدخولها فيما مر؛ لأنا نقول لما رأى أنها ليست بيعًا، ولا عتقًا محضًا ذكرها.

ومنها: الحصد والدرس والتذرية للزرع الموصى به؛ لأن الاسم حينئذ تغير، سواء أدخله بيته أم لا . . .

ومنها: نسج الغزل الموصى به؛ لأن الاسم انتقل عما كان عليه حال الوصية، ومنها صوغ الفضة الموصى بها؛ لأن الذي أوصى به انتقل اسمه كما كان عليه حال الوصية . . .

ومنها: ذبح ما أوصى به شاة أو غيرها، ومنها إذا أوصى له بشقة ثم فصلها قميصًا، فقوله وتفصيل شقة أي، ووقع الإيصاء بلفظ شقة، بأن قال: أعطوه الشقة الحمراء مثلا، وأما لو أوصى بما سماه ثوبا وفصله، فإنه لا يكون رجوعا؛ لأن القميص يسمى ثوبا»(١).

هذا مجمل مذهب المالكية، ومع اتفاقهم مع الجمهور في المسائل السابقة إلا أنهم أضيق مذهبًا من غيرهم:

فلا تبطل الوصية عندهم بخلط الموصى به بغيره، أو إحداث زيادة فيه، كما لو أوصى بعرصة فبناها، أو صبغ الثوب، أو لت السويق ونحو ذلك، وكذلك لو تغير الموصى به بنفسه من غير تدخل من أحد لم تبطل الوصية بهذا التغير(٢).

وقال النووي: «أوصى بحنطة فطحنها، أو جعلها سويقًا، أو بذرها، أو بدقيق فعجنه، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعًا لمعنيين:

---

(١) الخرشي (٨/ ١٧٢)، وانظر الشرح الصغير (٤/ ٥٨٧).

(٢) منح الجليل (٩/ ٥٢٢-٥٢٣)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٥٨٩).

أحدهما: زوال الاسم. والثاني: إشعاره بإعراضه عن الوصية»[١].

وقال ابن قدامة: «وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي، مثل إن سقط الحب في الأرض فصار زرعًا، أو انهدمت الدار فصارت فضاءً في حياة الموصي، بطلت الوصية بها؛ لأن الباقي لا يتناوله الاسم. وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها؛ لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل»[٢].

❑ الراجح:

أميل إلى أن مذهب المالكية أقوى من مذهب الجمهور قياسًا على ما إذا أوصى بشاة، فولدت فإن الشاة تبقى موصى بها، وزيادتها لا تدخل في الوصية، والله أعلم.



(١) روضة الطالبين (٦/ ٣٠٧).

(٢) المغني (٦/ ٩٨)، وانظر المبدع (٥/ ٢٤٧).



المبحث الرابع
بطلان الوصية بجحود الموصي

[م-١٦٩٧] اختلف العلماء في جحود الموصي للوصية، هل يعتبر الجحود رجوعًا عن الوصية على قولين:

القول الأول:

يعتبر الجحود رجوعًا عن الوصية، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية، وأحد الوجهين عند الحنابلة[١].

وهو الأصح في مذهب الشافعية إلا أن يكون أنكرها من أجل غرض ما فلا يعتبر رجوعًا.

جاء في مغني المحتاج: «ولو سئل عن الوصية، فأنكرها، قال الرافعي: فهو على ما مر في جحد الوكالة: أي فيفرق فيه بين أن يكون لغرض، فلا يكون رجوعًا، أو لا لغرض فيكون رجوعًا وهذا هو المعتمد»[٢].

وجاء في أسنى المطالب: «وإنكاره الوصية إن سئل عنها رجوع ... قال الإمام: والذي ذهب إليه الأصحاب وظاهر النص أنه رجوع»[٣].

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٨٠)، الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٧)، فتح القدير (١٠/ ٤٣٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩٧)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١٣)، مغني المحتاج (٣/ ٧١)، إعانة الطالبين (٣/ ٢١٧)، أسنى المطالب (٣/ ٦٤)، حاشية الرملي (٣/ ٦٤)، روضة الطالبين (٦/ ٣٠٤)، الإنصاف (٧/ ٢١٣)، المغني (٦/ ٩٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٨٩).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٧١).

(٣) أسنى المطالب (٣/ ٦٤).

وجاء في روضة الطالبين: «ولو سئل عن الوصية، فأنكرها فهو رجوع، ولو قال لا أدري فليس برجوع»[١].

قال ابن قدامة: «وإن جحد الوصية، لم يكن رجوعًا، في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة، في إحدى الروايتين. ولأنه عقد، فلا يبطل بالجحود، كسائر العقود.

والثاني، يكون رجوعا؛ لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له»[٢].

□ وجه هذا القول:

أن الرجوع عن الوصية نفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعًا.

القول الثاني:

أنه لا يعتبر الجحود رجوعًا عن الوصية، وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية، وقول في مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة[٣].

قال في الهداية: «وإن جحد الوصية لم يكن رجوعًا، كذا ذكره محمد. وقال أبو يوسف: يكون رجوعًا»[٤].

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣٠٤).
(٢) المغني (٦/ ٩٨).
(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٨٠)، الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٧)، فتح القدير (١٠/ ٤٣٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩٧)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٤١٣)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٥)، الإنصاف (٧/ ٢١٣)، المغني (٦/ ٩٨)، مطالب أولي النهى (٤/ ٤٦٣).
(٤) الهداية شرح البداية (٤/ ٥١٧).

والراجح في مذهب الحنفية قول محمد، كذا ذكره ابن عابدين[١].

وعدم الرجوع عزاه الرافعي في تذنيبه للأكثرين في التدبير، وهو نظير الوصية.

وقال البلقيني: الأصح أنه ليس برجوع[٢].

وقال ابن قدامة: «وإن جحد الوصية، لم يكن رجوعًا؛ لأنه عقد، فلم يبطل بالجحود كسائر العقود»[٣].

❑ وجه هذا القول:

أن الجحود نفي في الماضي، وسريانه على الحال ضرورة ذلك، وإذا كان النفي في الماضي باطلًا، كانت الوصية ثابتة في الحال، وكان الجحود لغوًا.

ولأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فلا يكون رجوعًا حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة.

❑ الراجح:

أن الجحود في إبطال الوصية رجوع حكمًا إن لم يكن أبلغ من الرجوع، ذلك أن الرجوع يتضمن الإقرار بإيجاب الوصية، ورفع حكمها برجوعه، والأمر إليه، وأما الجحود فهو إنكار لوجودها؛ لأنه لو كان يريد الوصية لما ادعى أنه لم يوص، والحكم له، والقول قوله، والله أعلم.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٧٩).

(٢) انظر أسنى المطالب (٣/ ٦٤).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٨٩).



الفصل الثاني
إبطال الوصية من جهة الموصى له

المبحث الأول
إبطال الوصية بموت الموصى له

الفرع الأول
موت الموصى له في حياة الموصي

[م-١٦٩٨] اختلف الفقهاء في الموصى له يموت في حياة الموصي، هل تبطل الوصية؟

على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية تبطل بموت الموصى له في حياة الموصي، وكذا لو مات معه(١).

قال الزيلعي: «لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية؛ لأنها

(١) الهداية (٤/ ٢٥٣)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٣)، القوانين الفقهية (ص٢٦٦)، المدونة الكبرى (٦/ ٧٣)، مواهب الجليل (٦/ ٣٦٧)، الحاوي الكبير (٣/ ٣٧١)، البيان للعمراني (٨/ ١٧٥)، روضة الطالبين (٦/ ١٤٣)، أسنى المطالب (٣/ ٤٣)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٨)، نهاية المحتاج (٦/ ٦٦)، الإنصاف (٧/ ٢٠٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٨٤)، المحرر (١/ ٣٨٤)، المغني (٦/ ٦٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٤٤).

تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه، ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت»[١].

قال في الحاوي: «إن مات الموصى له قبل موت الموصي فالوصية باطلة، لا أعرف فيها مخالفًا»[٢].

وقال ابن قدامة: «فإن مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية، هذا قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن علي رضي الله عنه، وبه قال الزهري، وحماد بن أبي سليمان، وربيعة، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي»[٣].

جاء في الإنصاف: «فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية بلا نزاع»[٤].

❑ وجه القول بذلك:

الوصية تستحق بموت الموصي، فإذا مات الموصى له قبل الاستحقاق بطلت الوصية وبقيت على ملك صاحبها، فإذا مات بعده الموصي لم يتصور تمليك الموصى له، وهو ميت.

القول الثاني:

إذا مات الموصى له قبل موت الموصي انتقلت الوصية إلى ورثة الموصى له، روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وبه قال الحسن البصري[٥].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٣).

(٢) الحاوي الكبير (٣/ ٣٧١).

(٣) المغني (٦/ ٦٧).

(٤) الإنصاف (٧/ ٢٠٤).

(٥) المغني (٦/ ٦٧)، المصنف لابن أبي شيبة (٣١٣٨٢)، فقه الحسن البصري (٣/ ٣٣٣).

(ث-٢٣٥) روى ابن أبي شيبة في المصنف، حدثنا حفص، عن أشعث، عن أبي إسحاق، عن الحارث، عن علي في رجل أوصى لرجل، **فمات الذي أوصى له قبل أن يأتيه، قال: هي لورثة الموصى له**[١].

[ضعيف جدًا، فيه الحارث الأعور].

(ث-٢٣٦) وروى ابن أبي شيبة في المصنف، قال: حدثنا حفص، **سألت عمرًا عنه؟ قال: كان الحسن يقول: هي لورثة الموصى له**[٢].

❏ وجه هذا القول:

إذا عقدت الوصية، والموصى له حي انعقدت الوصية، فإذا مات الموصى له انتقل هذا الحق من الموصى له كسائر حقوقه إلى ورثته.

قال عطاء: إذا علم الموصي بموت الموصى له، ولم يحدث فيما أوصى به شيئًا، فهو لوارث الموصى له؛ لأنه مات بعد عقد الوصية، فيقوم الوارث مقامه، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول[٣].

❏ الراجح:

قول الجمهور، والله أعلم.



---

(١) المصنف نسخة عوامة (٣١٣٨١).

(٢) المصنف (٣١٣٨٢).

(٣) المغني (٦/ ٦٧).



الفرع الثاني
موت الموصى له
بعد موت الموصي وقبل القبول

[م-١٦٩٩] إذا مات الموصى له قبل القبول، فهل ينتقل حق القبول إلى ورثته باعتبار أن هذا الحق حق مالي، فينتقل إلى ورثته كسائر حقوقه، ويكون لهم الحق في القبول أو الرد؟

أو أن الاختيار بين القبول و الرد ليس حقًا ماليًا، وإنما يتعلق بالشخص، فإذا مات فقد فات، فتبطل الوصية؟

في ذلك خلاف بين العلماء:

القول الأول:

أن الموصى له إذا مات قبل القبول ملك الوصية بموته دون حاجة إلى قبول، وتنتقل إلى ملك الورثة استحسانًا. وهذا مذهب الحنفية، وقول في مذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة[1].

القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية وأحد القولين في مذهب الحنابلة إلى أن للورثة القبول أو الرد.

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٤٢)، الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢١٠)، فتح القدير (١٠/ ٥٠٧)، البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩، ٤١٠)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٠)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥٢)، القواعد لابن رجب (ص٤٥٩)، الإنصاف (٧/ ٢٠٣).

قالت المالكية: إلا أن يريد الموصي الموصى له بعينه فليس لوارثه القبول[١].

القول الثالث:

أن الوصية تبطل بموت الموصى له، وهو أحد القولين في مذهب الحنابلة، وحكي عن الأبهري من المالكية[٢].

جاء في قواعد ابن رجب: «المنصوص عن أحمد: أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها إليه، كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره، وهو اختيار القاضي والأكثرين إذا مات قبل القبول . . .»[٣].

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة في مبحث سابق عند الكلام على شروط الموصى له فأغنى ذلك عن إعادة ذكر الأدلة هنا، وقد رجحت أن الوصية تبطل بموت الموصى له إذا مات قبل القبول؛ لأن القبول مطلوب من الموصى له، والوارث ليس موصى له فكيف يصح قبوله؟ فإذا كنا نقول: إن القبول شرط، أو ركن فإن القياس بطلان الوصية بفوات القبول من الموصى له؛ ولأن الموصى له قبل قبوله لم يثبت له حق حتى ينتقل إلى وارثه؛ لأن حق الملك لا يثبت إلا

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، الخرشي (٨/ ١٦٩)، الشرح الصغير (٤/ ٥٨٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٨٠)، أسنى المطالب (١/ ٣٩٣)، مغني المحتاج (٣/ ٥٤)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٥٨)، القواعد لابن رجب (ص٣١٦)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥٢).

(٢) القواعد لابن رجب (ص٣١٦)، المحرر (١/ ٣٨٤)، البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٠)، الذخيرة (٧/ ١٥٢).

(٣) القواعد لابن رجب (ص٣١٦).

بالقبول، وأما حق التملك فليس حقًّا ماليًا قابلًا للانتقال فهو كحق الانتقال، وحق الرأي وإلا لقلنا: إذا صدر الإيجاب في عقد البيع أثبت للمشتري حق التملك قبل قبوله، فإذا مات انتقل إلى وارثه، وإذا تعارض حق الملك لوارث الوصي، وحق التملك لوارث الموصى له، فإن حق الملك أقوى من حق التملك، والله أعلم.





المبحث الثاني
بطلان الوصية برد الموصى له الوصية

الفرع الأول
رد الموصى له الوصية في حياة الموصي

[م-١٧٠٠] إذا رد الموصى له الوصية في حياة الموصي، فقد اختلف فيها الفقهاء:

القول الأول:

لا عبرة بالرد مطلقًا، سواء أكان قبل القبول أم بعده، ويمكن للموصى له أن يقبل بعد موت الموصي، وهذا قول عامة الفقهاء.

قال الشافعي: «ولا يكون قبول ولا رد في وصية في حياة الموصي، فلو قبل الموصى له قبل موت الموصي كان له الرد إذا مات، ولو رد في حياة الموصي كان له أن يقبل إذا مات، ويجبر الورثة على ذلك؛ لأن تلك الوصية لم تجب إلا بعد موت الموصي، فأما في حياته فقبوله ورده وصمته سواء؛ لأن ذلك فيما لم يملك»(١).

القول الثاني:

قال زفر إذا رد الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد موته؛ لأن إيجابه كان في حياته وقد رده فبطل(٢).

وقد سبق بحث هذه المسألة فيما سبق، فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

---

(١) الأم للشافعي (٤/ ١٠٢)، وانظر تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٥).

(٢) انظر تبيين الحقائق (٦/ ١٨٤).



الفرع الثاني
رد الموصى له
بعد موت الموصي وقبل القبول

[م-١٧٠١] إذا رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي وقبل القبول، فهل يسقط حقه في الوصية؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

أنه يسقط حقه في الوصية عند جمهور العلماء؛ ويستقر الملك للورثة في الموصى به؛ لأن الموصى له قد أسقط حقه في حالة يملك قبوله وأخذه[١].

وحكي الإجماع على ذلك، قال ابن قدامة: أن يردها بعد الموت، وقبل القبول، فيصح الرد، وتبطل الوصية، لا نعلم فيه خلافًا»[٢].

القول الثاني:

أنه لا يملك الرد بعد الموت، وهو رواية في مذهب الحنابلة حيث قالوا يملكها بلا قبول كميراث[٣].

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ٩٠)، الحاوي الكبير (٨/ ٢٧٤)، روضة الطالبين (٦/ ١٤٢)، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (٣/ ٢٣٩) تحقيق شيخنا صالح الخزيم ﷾.

(٢) المغني (٦/ ٦٨).

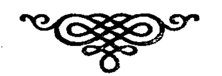
(٣) الفروع (٤/ ٦٨٤).

وهو قول زفر من الحنفية حيث رأى أن الوصية تدخل في ملك الموصى له بعد موت الموصي جبرًا كالإرث، ولا تفتقر إلى قبول[١].

جاء في تحفة الفقهاء: «وعند زفر القبول ليس بشرط، ولا ترتد بالرد كالميراث»[٢].

وحكاه ابن عبد الحكم عن الشافعي حيث قال: إن الوصية تدخل في ملك الموصى له بموت الموصي قبل أو لم يقبل كالميراث، وأنكره بعض الشافعية، وذكروا بأنه لا يعرف عن الشافعي[٣].

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة في مبحث سابق عند الكلام على شروط الموصى له فأغنى ذلك عن إعادة ذكر الأدلة هنا، وقد رجحت أنه لا يجبر على القبول، وهناك فرق بين الوصية وبين الميراث بيناه فيما سبق.



(١) فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٢٩).

(٢) تحفة الفقهاء (٣/ ٢٠٦).

(٣) الحاوي الكبير (٣/ ٣٧٠).

الفرع الثالث
في رد الموصى له
بعد موت الموصي وبعد القبول

[م-١٧٠٢] إذا رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي وبعد قبوله:

فإن كان ذلك بعد القبض، فهذا لا يملك الموصى له الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر أملاكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة(١).

وإن كان الرد بعد القبول، وقبل القبض، فقد اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول:

يصح الرد بشرط التراضي، ويكون قبول الرد فسخًا للوصية، ويقوم الورثة مقام الميت في قبول الفسخ أو رفضه؛ لأن الفسخ بعد اللزوم لا يكون إلا بالرضا، وتكون الوصية لجميع الورثة على قدر ميراثهم كما لو كان على الميت دين فوهبه الدائن للورثة أو لبعضهم فهو هبة لهم كلهم كأنه وهبه للميت.

جاء في المبسوط: «وإذا أوصى رجل بوصية، فقبلها بعد موته، ثم ردها على الورثة، فرده جائز إذا قبلوا ذلك؛ لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحًا إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه، وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد،

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٤٧)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٣)، المغني (٦/ ٦٨).

فإذا كان أصل هذا العقد يتم بالإيجاب والقبول، كذلك يجوز فسخه بالتراضي»[١].

القول الثاني:

يصح الرد مطلقًا، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، واختاره القاضي وابن عقيل من الحنابلة[٢].

القول الثالث:

لا يصح الرد، وهو قول في مذهب المالكية، والأصح في مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة[٣].

القول الرابع:

يصح الرد في المكيل والموزون بعد قبوله وقبل قبضه، وهو وجه في مذهب الحنابلة[٤].

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة في مبحث سابق عند الكلام على شروط الموصى له فأغنى ذلك عن إعادة ذكر الأدلة هنا، وقد رجحت أن الملك في الوصية يثبت بمجرد القبول، ولا يتوقف على القبض كالهبة، من غير فرق بين ما

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٤٩).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ١٧٣)، المهذب (٢/ ٣٤٥).

(٣) البيان والتحصيل (١٣/ ٢٩٩)، المقدمات الممهدات (٣/ ١٢٠)، روضة الطالبين (٦/ ١٤٢)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٧)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٩٧)، نهاية المحتاج (٦/ ٦٦)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥٢)، المحرر (١/ ٣٨٤)، الفروع (٤/ ٦٨٣).

(٤) الفروع (٤/ ٦٨٣)، الإنصاف (٧/ ٢٠٥).

يفتقر إلى الكيل والوزن وغيره، وإذا ثبت ملكه فيها لم يصح الرد إلا برضا الورثة؛ لأنها تكون هبة مبتدأة منه للورثة، تفتقر إلى شروط الهبة، وليست فسخًا للوصية وإقالة من الورثة؛ لأن الورثة لم يوجبوا الوصية حتى تكون الإقالة منهم كما يراه الحنفية، والله أعلم.





المبحث الثالث
في بطلان الوصية بالقتل

[م-١٧٠٣] اختلف العلماء في بطلان الوصية بقتل الموصى له ا لموصي على أربعة أقوال:

القول الأول:

لا تصح الوصية للقاتل مطلقًا، عمدًا كان أو خطأ. وهذا مذهب الحنفية، وقول في مذهب الشافعية، واختيار أبي بكر من الحنابلة.

القول الثاني:

تصح الوصية للقاتل مطلقًا، وهذا مذهب الشافعية، واختيار ابن حامد من الحنابلة.

القول الثالث:

إن جرحه، ثم أوصى له، فمات من الجرح لم تبطل، وإن أوصى له ثم جنى عليه لم تصح، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة.

القول الرابع:

إن كان القتل خطأ صحت الوصية مطلقًا، تقدمت الوصية أو تأخرت، وكانت الوصية في المال والدية؛ لأن القاتل لم يتعمد الجناية.

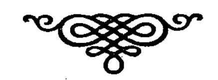
وإن كانت الجناية عمدًا كان في ذلك تفصيل:

إن كانت الوصية قبل الجناية بطلت الوصية، وإن كانت الوصية بعد الجناية،

فإن علم الموصي بالجاني صحت الوصية، وكانت في المال دون الدية، وإن لم يعلم ففي المسألة قولان. وهذا مذهب المالكية في الجملة.

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة في مبحث سابق عند الكلام على شروط الموصى له فأغنى ذلك عن إعادة ذكر الأدلة هنا، وقد رجحت أن الوصية إن كانت بعد الجناية صحت مطلقًا عمدًا كانت الجناية أو خطأ، في المال والدية؛ لأن الجميع مال للموصي، والعلم ليس شرطًا في نفاذ الوصية، ولذلك لو كان للموصي مال ضائع، ثم وجد بعد وفاته دخل في الوصية.

وإن كانت الوصية قبل الجناية، فإن كانت عمدًا بطلت الوصية، وإن كانت خطأ صحت، وكون القتل مضمونًا في الخطأ لا يلحقه في العمد لغياب قصد الجناية، والله أعلم.



الفصل الثالث
إبطال الوصية من جهة الموصى به

[م-١٧٠٤] تبطل الوصية من جهة الموصى به بسببين:

الأول: هلاك الموصى به إذا كان معينًا، وذلك أن المال الموصى به إن كان معينًا تعلقت الوصية بعينه، فإن هلك بطلت الوصية، وإن كان المال الموصى به مالًا شائعًا غير معين، كأن يقول: أوصيت لفلان بثلث مالي لم تبطل الوصية بهلاك المال إذا وجد له مال بعد ذلك عند الوفاة(١).

جاء في البدائع: «وتبطل بهلاك الموصى به إذا كان عينًا مشارًا إليها لبطلان محل الوصية أعني محل حكمه»(٢).

وفي الإنصاف: «ومن أوصي له بشيء بعينه، فتلف قبل موت الموصي، أو بعده: بطلت الوصية بلا نزاع»(٣).

وقال ابن قدامة: «وإذا أوصى له بشيء بعينه، فتلف بعد موت الموصي، لم يكن للموصى له شيء، وإن تلف المال كله إلا الموصى به، فهو للموصى له،

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٤)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٤٣٣)، البحر الرائق (٨/ ٤٧٨)، الشرح الكبير (٤/ ٤٤٠)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٤٧)، الخرشي (٨/ ١٨٢)، مغني المحتاج (٣/ ٧٢)، تحفة المحتاج (٧/ ٨١)، أسنى المطالب (٣/ ٦٥)، المحرر (١/ ٣٨٤)، الإنصاف (٧/ ٢٦٩)، المبدع (٥/ ٢٧٨)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٣٧)، الإقناع (٣/ ٦٩)، والمقنع (٢/ ٣٨٣)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٠٦).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٤).

(٣) الإنصاف (٧/ ٢٦٩).

أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله، على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده، فلا شيء للموصى له، كذلك حكاه ابن المنذر، فقال: أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم، على أن الرجل إذا أوصي له بشيء، فهلك ذلك الشيء، أن لا شيء له في سائر مال الميت، وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير، وقد تعلقت بمعين، وقد ذهب، فذهب حقه، كما لو تلف في يده، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم، ولا تفريطهم، فلم يضمنوا شيئًا»[(١)].

الثاني: تبطل الوصية أيضًا باستحقاق العين الموصى بها، سواء أكان الاستحقاق قبل موت الموصي أم بعده؛ لأن من شروط الوصية أن يكون الموصي مالكًا للموصى به إذا كان معينًا، فإذا استحق تبين أن الوصية كانت في غير ملكه، والله أعلم.

جاء في حاشية ابن عابدين: «ولو استحق الدار، لا يرجع الموصى له على الورثة بشيء؛ لأنه ظهر أنه أوصى بمال الغير»[(٢)].

وبهذا ننتهي من أحكام الوصية، وندخل في أحكام الإيصاء، فلله الحمد وأسأل الله وحده العون والتوفيق فيما بقي.

***

(١) المغني (٦/ ١٥٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩٩)، أسنى المطالب (٣/ ٦٢)، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٧)، البيان للعمراني (٨/ ٢٠١)، نهاية المطلب (١١/ ٢٣٠)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٠٨)، كشاف القناع (٤/ ٣٧٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٨٠)، الإقناع (٣/ ٧٠).

الباب السابع
في الإيصاء

الفصل الأول
في تعريف الإيصاء

يرى بعض الفقهاء أن الإيصاء والوصية بمعنى واحد، فالوصية: تشمل الأمرين: الوصية بالمال، والوصية بالتصرف. وهذه طريقة المالكية[١].

وفرق الشافعية وبعض الفقهاء بين الوصية والوصاية أو الإيصاء:

فالوصية: تخص التبرع المضاف إلى ما بعد الموت.

والوصاية: هي العهد إلى من يقوم على من بعده. وهو تفريق اصطلاحي[٢].

قال الخطيب: «والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء، وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده»[٣].

وهذا الشخص يسمى الوصي، أو الموصى إليه فرقًا بينه وبين الموصى له.

---

(١) انظر شرح حدود ابن عرفة (ص٥٢٨)، شرح الخرشي (٨/ ١٦٧)، الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢)، منح الجليل (٩/ ٥٠٣).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٣٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٤٠).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٣٩).

تعريف الإيصاء اصطلاحًا[1]:

هي إقامة الإنسان غيره مقامه بعد وفاته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها، ورد الودائع واستردادها، وتفريق وصيته، والولاية على أولاده الصغار، والمجانين، ومن لم يؤنس رشده، والنظر في أموالهم بحفظها، والتصرف فيها بالأحظ لهم، وتدبير شؤونهم ورعايتهم.

وشرط ذلك أن يكون هذا التصرف بعد الوفاة، لأن الوصاية قبل الموت وكالة[2].

قال ابن عابدين: «الوصاية في الحياة وكالة، كما أن الوكالة بعد الموت وصاية»[3].

---

(١) الإيصاء في اللغة: مأخوذ مِنْ أَوْصَى يُوصِي إِيصَاءً، وَوَصَّى يُوصِي تَوْصِيَةً.
وَالْوَصَاةُ بِفَتْحِ الْوَاوِ وَكَسْرِهَا مَصْدَرُ الْوَصِيِّ وَأَوْصَى لِفُلَانٍ بِكَذَا: أَيْ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ، وَذَاكَ مُوصًى لَهُ. وَأَوْصَى إِلَى فُلَانٍ بِكَذَا أَيْ جَعَلَهُ وَصِيًّا وَذَلِكَ مُوصًى إِلَيْهِ. وَأَوْصَى بِوَلَدِهِ إِلَى فُلَانٍ أَيْ جَعَلَهُ تَحْتَ وِلَايَتِهِ وَحِمَايَتِهِ وَالْوَلَدُ مُوصًى بِهِ وَأَوْصَى بِعَمَلٍ كَذَا وَالْعَمَلُ مُوصًى بِهِ أَيْضًا. انظر طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص١٦٩)، المصباح المنير (٢/ ٦٦٢)، تاج العروس (٤٠/ ٢٠٨)، معجم اللغة المعاصرة (٣/ ٢٤٥٢).

(٢) انظر البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٧٩)، المغني (٦/ ١٤٢)، أسنى المطالب (٣/ ٦٧)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٣)،

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٧٩).

الفصل الثاني
حكم الإيصاء التكليفي

المبحث الأول
حكم الإيصاء بالنسبة للموصي

[م-١٧٠٥] الأصل في الوصاية أنها مستحبة، لكن إذا كان على الإنسان حقوق واجبة، كرد المظالم التي عجز عنها في الحال، وقضاء الديون المجهولة التي ليس فيها شهود، فإذا عجز عن القيام بهذه الحقوق في حال الحياة، وتعين الإيصاء وسيلة وحيدة لثبوتها والقيام بها كان الإيصاء واجبًا؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ومثله الإيصاء على الأولاد الصغار الذين يخشى عليهم الضيعة؛ لأن في هذا الإيصاء صيانة لهم من الضياع[١].

أما الوصاية برد المظالم المعلومة، وقضاء الديون المعلومة والنظر في أمر الأولاد الذين لا يخشى عليهم من الضياع، فهي مستحبة؛ لأن الإيصاء لم يتعين طريقًا وحيدًا للقيام بها، والخروج منها.

قال ابن عابدين: «والوصية أربعة أقسام واجبة كالوصية برد الودائع والديون المجهولة. .»[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٤٨)، شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ١٠٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٤)، أسنى المطالب (٣/ ٦٧)، المغني (٦/ ٥٥)، طرح التثريب (٦/ ١٨٩).

(٢) قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار (٧/ ٢٢٧).

وجاء في أسنى المطالب: «قال الأذرعي: يظهر أنه يجب على الآباء الوصية في أمر الأطفال ونحوهم، إذا لم يكن لهم جد أهل للولاية . . . وغلب على ظنه أنه إن ترك الوصية استولى على ماله خائن من قاض أو غيره من الظلمة؛ إذ يجب عليه حفظ مال ولده عن الضياع . . . ويجب الإيصاء في رد المظالم، وقضاء حقوق عجز عنها في الحال، ولم يكن بها شهود»[(١)].

فإذا ترك الأب أطفالًا، وخشي عليهم من ظلم الأقارب أو تسلط القضاة الظلمة، وجب عليه أن يوصي، وذلك بأن ينصب الأصلح الذي يخاف الله عزو وجل، ويتقيه فيهم، قال تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩].

قال الزركشي: كان القياس منعه لانقطاع سلطة الموصي بالموت لكن قام الدليل على جوازه. اهـ[(٢)].

(ث-٢٣٧) قلت: قد روى الحاكم في المستدرك، قال: أخبرنا محمد بن يعقوب الشيباني، ثنا محمد بن عبد الوهاب، ثنا جعفر بن عون، عن أبي العميس، عن عامر بن عبد الله بن الزبير قال: ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود، إن حدث به حدث في مرضه هذا أن يرجع وصيته إلى الله، ثم إلى الزبير بن العوام، وابنه عبد الله بن الزبير، وإنهما في حل وبل مما وليا وقضيا، ولا تتزوج بنات عبد الله إلا بإذنهما، ولا يخص ذلك عن زينب.

[صحيح عن ابن مسعود][(٣)].

---

(١) أسنى المطالب (٣/ ٦٧).

(٢) انظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ١٧٨).

(٣) عامر لم يدرك عبد الله بن مسعود، فهو قد يكون أخذه من أبيه عبد الله بن الزبير، لأنه =

وقال ابن دقيق العيد: «الوصية على وجهين:

أحدهما: الوصية بالحقوق الواجبة على الإنسان وذلك واجب.

والوجه الثاني: الوصية بالتطوعات في القربات، وذلك مستحب»(١).

وقال ابن قدامة: «ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين، أو عنده وديعة، أو عليه واجب يوصي بالخروج منه، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات، وطريقه في هذا الباب الوصية، فتكون مفروضة عليه، فأما الوصية بجزء من ماله، فليست بواجبة على أحد، في قول الجمهور»(٢).

= الموصى له. أو من نص الوصية، فتكون وجادة، والله أعلم.
ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٦٢) من طريق وكيع بن الجراح، عن أبي عميس به.
وقد رواه من هو أعلى من الحاكم، وإنما نزلت إلى رواية الحاكم لذكره نص الوصاية، فقد راواه ابن أبي شيبة في المصنف (عوامة) (٣١٤٦١) حدثنا وكيع، عن أبي العميس، عن عامر بن عبد الله بن الزبير، أن ابن مسعود أوصى، فكتب في وصيته: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به ابن مسعود إن حدث به حدث في مرضه هذا.
ورواه ابن سعد في الطبقات (٣/ ١٦١) قال: أخبرنا الفضل بن دكين، قال: أخبرنا حفص بن غياث، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن عبد الله بن مسعود أوصى إلى الزبير، وقد كان عثمان حرمه عطاءه سنتين، فأتاه الزبير فقال: إن عياله أحوج إليه من بيت المال، فأعطاه عطاءه عشرين ألفا، أو خمسة وعشرين ألفًا.
ورواه ابن أبي شيبة في المصنف نسخة عوامة (٣١٥٥٣)، ومن طريقه رواه ابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢٢٠) والطبراني في المعجم الكبير (٢٤٦) حدثنا أبو أسامة، عن هشام بن عروة، عن أبيه، أن عبد الله بن مسعود، وعثمان، والمقداد بن الأسود، وعبد الرحمن بن عوف، ومطيع بن الأسود، أوصوا إلى الزبير بن العوام ﷺ. وهذا إسناد رجاله كلهم ثقات، وعروة قد يكون أخذ هذا من أبيه، أو عن أخيه عبد الله بن الزبير، وكلاهما موصى إليه من ابن مسعود. وسقط من إسناد الطبراني ذكر عروة بن الزبير.

(١) إحكام الأحكام (٢/ ١٦١).

(٢) المغني (٦/ ٥٥).

وقال الشوكاني: «وجوب تخلص العبد من الحقوق اللازمة له لله ولعباده معلوم بأدلته، فإذا لم يكن التخلص عنه في حال الحياة كان التخلص عنه بالوصية واجبًا، والجمهور وإن قالوا بأنها مندوبة فهم لا يخالفون في مثل هذا؛ لأنهم يوافقون على وجوب التخلص من الواجبات بكل ممكن، فإذا لم يمكن إلا بالوصية فهم لا ينكرون الوجوب»[1].

فعلم من ذلك أن الإيصاء في حق الموصي قد يكون واجبًا، وقد يكون مندوبًا.



(١) السيل الجرار (٤/ ٤٧٦).

المبحث الثاني
حكم الإيصاء بالنسبة للموصى إليه

[م-١٧٠٦] يجوز للموصى إليه قبول الوصية بشرط أن يتوفر فيه القوة والأمانة، فالقوة: بأن يعلم من نفسه أنه قادر على القيام بما أوصي إليه فيه.

والأمانة: أن يكون واثقًا بأمانة نفسه على أداء ما طلب منه، على الوجه الذي طلب منه دون قصور أو تقصير(١).

وقد قال الله تعالى في ذكر هذين الشرطين: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦].

وقال يوسف عليه السلام: ﴿إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٥٥].

فمن علم من نفسه عدم القدرة على القيام بهذا الواجب، أو كان قادرًا على القيام ولكن لا يثق بأمانته حرم عليه القبول لتعريضه حقوق الناس للضياع.

(ح-١٠٤٤) فقد روى مسلم من حديث أبي ذر، أن رسول الله ﷺ، قال: **يا أبا ذر، إني أراك ضعيفًا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم**(٢).

فأبو ذر رضي الله عنه، وإن توفرت فيه الأمانة، إلا أنه وكما قال الرسول ﷺ: **رجل ضعيف، والولاية تحتاج إلى قوة**، والقوة في الولاية: هي العلم بها، والقدرة على تحصيل مصالحها ودرء مفاسدها.

---

(١) الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٢)،

(٢) صحيح مسلم (١٨٢٦).

وذهب الحنفية إلى أنه لا ينبغي للرجل الدخول في الوصاية لما فيها من الخطر.

جاء في مجمع الضمانات: «لا ينبغي للرجل أن يقبل الوصية؛ لأنها أمر على خطر لما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: الدخول في الوصية أوله غلط، والثانية خيانة، وعن غيره، والثالثة سرقة، وعن بعض العلماء لو كان الوصي عمر بن الخطاب لا ينجو عن الضمان.

وعن الشافعي لا يدخل في الوصية إلا أحمق أو لص»(١).

وقال أبو مطيع: ما رأيت في مدة قضائي عشرين سنة من يعدل في مال ابن أخيه، ولبعضهم:

احذر من الواوات أربعة فهن من الحتوف
واو الوكالة والولاية والوصاية والوقوف(٢).

وذهب الحنابلة إلى أن الدخول في الوصاية للقوي عليها قربة مندوبة(٣)، لفعل الصحابة رضي الله عنهم؛ ولأنه معونة للمسلم فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠]، وتركه أولى في هذه الأزمنة، وقال ابن قدامة: «وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى؛ لما فيها من الخطر، وهو لا يعدل بالسلامة شيئًا»(٤).

---

(١) مجمع الضمانات (ص٣٩٥-٣٩٦).
(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٠).
(٣) مطالب أولي النهى (٤/ ٥٢٨-٥٢٩)، الإنصاف (٧/ ٢٨٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٣).
(٤) المغني (٦/ ١٤٨).

وقال في الإقناع: «الدخول في الوصية للقوى عليها قربة، وتركه أولى في هذه الأزمنة»[١].

وذهب الشافعية إلى أن الدخول فيها قد يتعين عليه إذا غلب على ظنه أنه إذا لم يقبل فإن المال قد يتلف باستيلاء ظالم من قاض وغيره.

جاء في شرح البهجة: «الوصاية جائزة من الطرفين فللموصي الرجوع متى شاء، وللوصي عزل نفسه متى شاء، قال في الروضة: إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره. قال في المهمات: وعليه لو لم يكن قبل، فهل يلزمه القبول؟

فيه نظر: يحتمل اللزوم؛ لقدرته على دفع الظالم بذلك، ويحتمل خلافه. اهـ والأوجه الأول إن تعين طريقًا في الدفع»[٢].

وقياسًا على ما قاله الفقهاء في حفظ الوديعة، جاء في شرح البهجة: «وهي مستحبة لواثق بأمانة نفسه قادر على الحفظ، وقد تتعين حينئذ بأن لم يكن هناك غيره ... وتحرم عند العجز عن الحفظ؛ لأنه يعرضها للتلف، وتكره عند القدرة لمن لم يثق بنفسه»[٣].



(١) الإقناع (٣/ ٧٧).
(٢) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٥٢)، وانظر روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠).
(٣) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٥٢).



الفصل الثالث
في لزوم عقد الوصاية

عقد الإيصاء بالنسبة للموصي عقد جائز، فله الرجوع عنه متى شاء باتفاق الفقهاء.

وأما بالنسبة للوصي فإما أن يعزل نفسه في حياة الموصي، أو بعد موته:

[م-١٧٠٧] فإن عزل نفسه في الحياة ففيه خلاف على قولين:

القول الأول:

للوصي عزل نفسه متى شاء في حياة الموصي، وهذا قول عامة الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة(١).

وجه ذلك: أن الموصي ليس له ولاية إلزامه التصرف، ويمكنه أن يوصي إلى غيره، وقياسًا على الوكيل، فإن الوصاية نوع من الوكالة إلا أنها مقيدة بعد الموت.

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٩٦)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٥٠٠).

وقال الدردير في الشرح الكبير (٤/ ٤٥٥): «وله: أي للوصي عزل نفسه من الإيصاء في حياة الموصي؛ لأن عقدها غير لازم من الطرفين». وانظر الخرشي (٨/ ١٩٤)، منح الجليل (٩/ ٥٨٩).

نهاية المحتاج (٦/ ١٠٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨١)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣)، المبدع (٥/ ٣١٠)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٧٩)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٤)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٧).

إلا أن الحنفية اشترطوا لصحة هذا الرجوع أن يكون ذلك بعلم الموصي ليتمكن من الإيصاء إلى غيره إذا شاء، فإن رجع عن الوصية بغير علم الموصي لم يصح رجوعه؛ لئلا يصير مغرورًا من جهته.

جاء في الدر المختار: «أوصى إلى زيد: أي جعله وصيًا، وقبل عنده صح، فإن رد عنده: أي بعلمه يرتد، وإلا لا يصح الرد بغيبته؛ لئلا يصير مغرورًا من جهته»(١).

وجاء في البحر الرائق نقلًا من الذخيرة: «المراد بعنده يعني بعلمه، ورده بغير علمه سواء كان عنده أو في مجلس غيره»(٢).

وفي ملتقى الأبحر: «ومن أوصى إلى رجل فقبل في وجهه، ورد في غيبته لا يرتد، وإن رد في وجهه يرتد، فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو مخير بين القبول وعدمه»(٣).

وقال في الإنصاف: «ويصح قبوله للوصية في حياة الموصي وبعد موته بلا نزاع، وله عزل نفسه متى شاء. هذا المذهب مطلقا، وعليه أكثر الأصحاب»(٤).

وقالت الشافعية: للموصي عزل الوصي، وللوصي عزل نفسه إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره فليس له الرجوع.

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٠).
(٢) البحر الرائق (٨/ ٥٢٠).
(٣) ملتقى الأبحر (ص٤٥٤).
(٤) الإنصاف (٧/ ٢٩٣).

جاء في نهاية المحتاج: «وللموصي والوصي العزل: أي للموصي عزل الوصي، وللوصي عزل نفسه متى شاء؛ لجوازها من الجانبين كالوكالة، نعم لو تعين على الوصي بأن لم يوجد كاف غيره، أو غلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم، أو قاضي سوء، كما هو الغالب لم يجز له عزل نفسه كما قاله الأذرعي ولم ينفذ حينئذ»[١].

والأصل في هذه المسألة ما ذكره بعض الفقهاء من أن العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر امتنع، وصارت لازمة.

جاء في أسنى المطالب: «العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر امتنع وصارت لازمة، ولهذا قال النووي: للموصي عزل نفسه إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض أو غيره»[٢].

وقال ابن رجب: «التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز، ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه»[٣].

ثم ساق أمثلة على تلك القاعدة.

القول الثاني:

اختار أشهب من المالكية أن الوصي إذا قبل فليس له عزل نفسه، وكأنه وهب

---

(١) نهاية المحتاج (٦/ ١٠٨).

(٢) أسنى المطالب (٣/ ٧٦)، وانظر المنثور في القواعد (٢/ ٤٠١-٤٠٢)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٥٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، نهاية المحتاج (٥/ ٥٢) و(٦/ ١٠٨).

(٣) قواعد ابن رجب، القاعدة الستين (ص١١٠).

منافعه ونظره للأطفال للبلوغ والرشد، والواهب لا يرجع في هبته[١].

وقول الجمهور أصح، والوصاية فيها شبه من الوكالة، وليس فيها شبه من الهبة، وعلى التنزل أن يكون واهبًا لمنافعه للوصي، فإن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، ومنافعه تتجدد، وفسخه لما لم يقع داخل في فسخه للهبة قبل القبض، فيصح.

[م-١٧٠٨] واختلف الفقهاء في عزل الوصي نفسه بعد موت الموصي على قولين:

القول الأول:

ليس له أن يعزل نفسه بعد موت الموصي، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، ورواية عن أحمد.

قال المالكية: إلا أن يطرأ عليه عجز فيصير النظر للحاكم[٢].

جاء في الذخيرة: «إذا قبل في حياة الموصي ليس له الرجوع بعد موته»[٣].

وعلل الحنفية ذلك بقوله: لأن الموصي مات معتمدًا عليه فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورًا من جهته، وهو إضرار لا يجوز[٤].

---

(١) الذخيرة للقرافي (٧/ ١٦٨)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٥-٤٥٦).

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٣٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٩٦)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٥٠٠)، الشرح الكبير (٤/ ٤٥٥-٤٥٦)، الخرشي (٨/ ١٩٤)، منح الجليل (٩/ ٥٨٩)، الكافي (٢/ ٢٩٣)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣).

(٣) الذخيرة (٧/ ١٦٨).

(٤) انظر الهداية شرح البداية (٤/ ٥٣٨)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٦).

فإن قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصي يعتبر، دون رد الموصى إليه؟

قلنا: إن نفع الوصية للموصى له نفسه، بخلاف الموصى إليه، فإن نفع الوصية راجع إلى الموصي، فكان في رده بعد موته إضرار عليه، وهو لا يجوز[١].

القول الثاني:

له عزل نفسه بعد موت الموصي قياسًا على الوكالة، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، زاد الشافعية إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره فليس له الرجوع[٢].

قال العمراني في البيان: «إن قبل الوصية بعد موت الموصي ثم عزل نفسه.. انعزل ورفع الأمر إلى الحاكم، ليقيم غيره مقامه»[٣].

وقال ابن قدامة: «وللوصي عزل نفسه متى شاء، في حياة الموصي، وبعد موته؛ لأنه إذن في التصرف، فملك كل واحد منهما فسخه كالوكالة»[٤].

---

(١) انظر مجمع الأنهر (٢/ ٧١٨)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٠).

(٢) المهذب (١/ ٤٦٤)، أسنى المطالب (٣/ ٧٢)، نهاية المطلب (١١/ ٣٥٤)، الوسيط (٤/ ٤٩٣)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨١)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣)، المبدع (٥/ ٣١٠)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٧٩)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٤)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٧)، المحرر (١/ ٣٩٢).

(٣) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٣١٣).

(٤) الكافي في فقه الإمام (٢/ ٢٩٣).

❑ الراجح:

أن الوصاية فيها شبه بالوكاله، وأن الوصي له عزل نفسه متى شاء في حياة الموصي وبعد وفاته بشرط ألا يتضمن ذلك ضررًا على الموصي، فإن تضمن الفسخ بعد وفاة الموصي ضررًا على ماله أو على أولاده كما لو كان الفسخ في مكان ليس فيه قاض يتولى الوصاية امتنع الفسخ، والله أعلم.



الفصل الرابع
في شروط الوصي

الشرط الأول
في اشتراط البلوغ

[م-١٧٠٩] اختلف الفقهاء في اشتراط البلوغ بعد اتفاقهم على اشتراط التمييز والعقل:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى صحة الإيصاء إلى الصبي العاقل، وللقاضي أن يخرجه من الوصاية، ويعين وصيًا آخر، ولو تصرف قبل الإخراج، قيل: ينفذ تصرفه، وقيل: لا ينفذ، وهو الصحيح، وإذا بلغ قبل الإخراج: قال أبو حنيفة: لا يكون وصيًا خلافًا لأبي يوسف ومحمد بن الحسن[١].

واختار كثير من الحنابلة صحة الإيصاء إلى الصبي المراهق؛ وصحح القاضي صحة الإيصاء إلى الصبي المميز؛ لأن أحمد نص على صحة وكالته.

جاء في حاشية ابن عابدين: «إذا أوصى إلى عبد أو صبي أخرجهما القاضي؛ لأن الصبي لا يهتدي إلى التصرف، وهل ينفذ تصرفه قبل الإخراج؟ قيل نعم، وقيل لا. وهو الصحيح؛ لأنه لا يمكن إلزام العهدة فيه، فلو بلغ قبل الإخراج، قال أبو حنيفة: لا يكون وصيًا وقالا: يكون»[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠١)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٢١).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠١).

وقال الزيلعي: «والصبي كالقن، فلو بلغ الصبي، وعتق العبد، وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية»[١].

وجاء في الفروع: «تصح الوصية إلى رشيد عدل . . . وعنه: تصح إلى مميز، وعنه مراهق»[٢].

جاء في الإنصاف: «قطع المصنف هنا بصحة الوصية إلى المراهق، وهو إحدى الروايتين قال القاضي: قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وشرح ابن منجا، ومنتخب الأدمي.

قال في القواعد الأصولية: قال هذا كثير من الأصحاب. قال الحارثي: هو قول أكثر الأصحاب»[٣].

وجاء في المغني: «قال القاضي: قياس المذهب صحة الوصية إليه؛ لأن أحمد قد نص على صحة وكالته»[٤].

وقال ابن قدامة: «وفي الوصية إلى الصبي العاقل وجهان:

أحدهما: تصح؛ لأنه يصح توكيله، فأشبه الرجل.

والثاني: لا يصح؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، فلا يكون وليًا، كالفاسق»[٥].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٧).

(٢) الفروع (٤/ ٧٠٧).

(٣) الإنصاف (٧/ ٢٨٦).

(٤) المغني (٦/ ١٤٣).

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٩١).

القول الثاني:

ذهب الجمهور إلى أنه يشترط البلوغ في الوصي؛ لأن غير البالغ لا ولاية له على نفسه، ولا على ماله، فلا تكون له ولاية على غيره.

قال ابن شاس المالكي: «الوصي، وشروطه: أربعة: الأول: التكليف، فلا تصح إلى مجنون، أو صبي؛ لأنهما يحتاجان إلى الموصي فكيف تفوض إليهما الوصية»[(١)].

وقال الماوردي: «فأما الوصي، فيعتبر فيه استكمال خمسة شروط ولا تصح الوصية إليه إلا بها وهي: البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام، والعدالة:

فأما الشرط الأول: وهو البلوغ؛ فلأن القلم عن غير البالغ مرفوع؛ ولأن تصرفه في حق نفسه مردود، فأولى أن يكون في حق غيره مردودًا»[(٢)].

وقال العمراني: «فإن أوصى إلى صبي أو مجنون لم تصح الوصية؛ لأنه مولى عليهما، فلا يملكان الولاية على غيرهما، وهذا إجماع»[(٣)].

وقال ابن قدامة: «وأما الصبي العاقل، فلا أعلم فيه نصًا عن أحمد، فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار، ولا يصح تصرفه إلا بإذن، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى؛ ولأنه مولى عليه، فلا يكون واليًا، كالطفل والمجنون. وهذا مذهب الشافعي. وهو الصحيح إن شاء الله»[(٤)].

---

(١) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٣٣)، وانظر الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥٨)، الخرشي (٨/ ١٩٢).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٣٢٨)، وانظر نهاية المطلب (١١/ ٣٥١)، الوسيط (٤/ ٤٨٣)، البيان للعمراني (٨/ ٣٠٣).

(٣) البيان للعمراني (٨/ ٣٠٣)، وانظر روضة الطالبين (٦/ ٣١١).

(٤) المغني (٦/ ١٤٣).

❑ الراجح:

أن الصبي يحتاج إلى قيام ولي عليه يحفظ ماله، فلا يكون وليًا على غيره، والله أعلم.



الشرط الثاني
في اشتراط إسلام الوصي

الفرع الأول
في اشتراط إسلام الوصي
إذا كان الموصى عليه مسلما

[م-١٧١٠] اختلفوا في اشتراط الإسلام إذا كان الموصى عليه مسلمًا على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى صحة الإيصاء إلى الكافر على المسلم، وعلى القاضي أن يخرجه من الوصاية، ويعين بدله وصيًا مسلمًا، ولو تصرف قبل إخراجه منه صح تصرفه، فإن أسلم لم يخرج منها؛ لزوال ما يوجب العزل.

جاء في العناية: «ومن أوصى إلى عبد غيره، أو كافر ذمي أو مستأمن أو حربي . . . أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم، وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري، يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعد الصحة. وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة.

ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلًا، أو معناه: سيبطل. قال الفقيه أبو الليث: وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة مشايخنا أن معناه سيبطل . . .»[1].

---

(١) العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٠).

وجاء في البحر الرائق: «قال ﷺ: (وإلى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم): أي إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم، وأشار المصنف إلى شروط الولاية:

فالأول: الحرية، والثاني: الإسلام، والثالث: العدالة، فلو ولى من ذكر صح ويستبدل بغيره»[١].

وجاء في الدر المختار: «(ولو) أوصى (إلى صبي وعبد غيره وكافر وفاسق بدل) أي بدلهم القاضي (بغيرهم) إتماما للنظر/ ولفظ (بدل) يفيد صحة الوصية، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز سراجية، (فلو بلغ الصبي، وعتق العبد، وأسلم الكافر) أو المرتد وتاب الفاسق ... (لم يخرجهم القاضي عنها) أي عن الوصايا لزوال الموجب للعزل»[٢].

وفي الفتاوى الهندية: «وإذا أوصى مسلم إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهي باطلة، معناه ستبطل؛ لأنه لو أوصى المسلم إلى الذمي فإن للقاضي أن يبطلها ويخرجه من الوصاية»[٣].

فقوله: (معناه ستبطل) إشارة إلى انعقادها صحيحة، وإخراجه منها يحتاج إلى حكم قاض، وهذا لا يكون إلا في عقد صحيح؛ لأن الباطل لم ينعقد أصلًا.

وذهب المالكية في أحد القولين إلى صحة الوصاية إلى الكافر إذا كان قريبًا

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠١).

(٣) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٨).

كالأخ والخال ويجعل معه غيره، ويكون المال بيد المجعول معه بخلاف أباعد القرابة. وقيل: إن مالكًا رجع عنه[(١)].

وجاء في الإنصاف: «ذكر المجد في شرحه: أن القاضي ذكر في تعليقه ما يدل أنه اختار صحة الوصية، نقله الحارثي»[(٢)].

❑ وجه القول بالصحة:

أن مقصود الوصية ضبط مصلحة المولى عليها، فالوصي كالوكيل، وتجوز وكالة الكافر اتفاقًا، غير أن الموصي مفقود لا يتعقب من ولاه، بخلاف الموكل، فلذلك شدد في الوصي[(٣)].

القول الثاني:

لا تصح الوصاية للكافر على المسلم، وهو قول الجمهور، والمشهور من مذهب المالكية[(٤)].

قال ابن شاس: الوصي، وشروطه أربعة: الثاني: الإسلام، فلا تجوز الوصية إلى كافر، ويعزل إن وصى إليه، ولوكان ذميًا»[(٥)].

---

(١) منح الجليل (٩/ ٥٨٠)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٥٨-١٥٩)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٣/ ١٢٣٤).

(٢) الإنصاف للمرداوي (٧/ ٢٨٦).

(٣) الذخيرة (٧/ ١٥٩).

(٤) الخرشي (٨/ ١٩٢)، منح الجليل (٩/ ٥٨٠)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، المغني (٦/ ١٤٣)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٤).

(٥) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٣٤).

قال النووي: «الوصي، وله خمسة شروط، وهي: التكليف، والحرية، والإسلام . . .»[١].

وقال الأنصاري: «فيشترط في الوصي أمور:

أولها الإسلام، فلا يجوز أن يوصي المسلم إلى ذمي؛ لأن الوصاية أمانة وولاية، فاشترط فيهما الاسلام»[٢].

وقال ابن قدامة: «ولا تصح إلى مجنون، ولا طفل، ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه»[٣].

◻ دليل من قال: لا تصح:

استدل المانعون بقوله تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠].

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّوا۟ مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ ٱلْبَغْضَآءُ مِنْ أَفْوَٰهِهِمْ وَمَا تُخْفِى صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ﴾ [آل عمران: ١١٨].

فثبت أن الكافر غير مأمون على المسلم لقيام العداوة الدينية بينهما والتي لا تنقطع إلا بإسلام الكافر، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ كَانُوا۟ لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا﴾ [النساء: ١٠١].

ويناقش:

بأن الرد لو كان بسبب العداوة الدينية لم تصح وصية الكافر لمسلم، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صحتها.

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣١١).

(٢) كفاية الأخيار (ص٣٤٤).

(٣) المغني (٦/ ١٤٣).

❑ الراجح من الخلاف:

سبب الخلاف عند الفقهاء: هل الوصاية من باب الوكالة، فتصح الوصاية إلى الكافر؟ أو أن الوصاية تقوم على الولاية والأمانة، والكافر ليس من أهلها، فلا يتولى الكافر على المسلم، والصحيح الثاني، أن الوصاية من باب الولاية، والله أعلم.





الفرع الثاني
في الوصاية من الكافر لمثله

[م-١٧١١] إذا كان الموصي كافرًا، فهل يصح أن يوصي إلى كافر؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يصح الإيصاء من الكافر إلى كافر مثله، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة، وبه قال أبو ثور(١).

قال الشيرازي: «وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم، وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان: الثاني: لا يجوز، كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم»(٢).

وقال ابن قدامة في الكافي: «وفي وصية الكافر، إلى الكافر وجهان: الثاني: لا يجوز، لأنه أسوأ حالًا من الفاسق»(٣).

وفي الشرح الكبير على المقنع: «فأما وصية الكافر إلى الكافر العدل في دينه، ففيها وجهان: الثاني: لا يصح، وهو قول أبي ثور؛ لأنه فاسق، فلم تصح الوصية إليه كفاسق المسلمين»(٤).

---

(١) المهذب (١/ ٤٦٣)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٠)، المغني (٦/ ١٣٤-١٤٤)، تصحيح الفروع (٤/ ٧٠٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٩١).

(٢) المهذب (١/ ٤٦٣).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٩١).

(٤) الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٩٦).

ويناقش:

بأن مدار الوصاية على الأمانة والولاية، وقد قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥].

وللكافر ولاية القرابة على بعضهم البعض، فهو يلي أولاده، ويزوج بناته، فإذا كان الكافر ملتزمًا أحكام دينه، متدينًا به، صحت الوصاية إليه من مثله، وقياسهم على الفاسق الذي يشرب الخمر وهو يعتقد حرمتها قياس مع الفارق، والله أعلم، كما فرق أهل الحديث بين قبول رواية المبتدع المتأول، وإن كان فاسقًا حكمًا وبين رواية الفاسق غير المتأول الذي ينتهك المحرمات، ولا يبالي بها.

القول الثاني:

تصح وصية الكافر ولو حربيًا إلى كافر معصوم ذمي أو معاهد أو مستأمن، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة بشرط أن يكون عدلًا في دينه[1].

جاء في تحفة المحتاج: «الأصح جواز وصية ذمي أو نحوه، ولو حربيًا كما هو ظاهر إلى كافر معصوم ذمي أو معاهد أو مستأمن فيما يتعلق بأولاده الكفار، بشرط كون الوصي عدلًا في دينه كما يجوز أن يكون وليًا لأولاده»[2].

---

(١) المهذب (١/ ٤٦٣)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٠)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٦)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، حاشية الجمل (٤/ ٧١)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢٨٨)، أسنى المطالب (٣/ ٦٨).

(٢) تحفة المحتاج (٧/ ٨٦).

جاء في الحاوي: «وأما وصية الكافر إلى الكافر ففيها وجهان: أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة: تجوز كما يجوز أن يكون الكافر وليًا لكافر»[١].

وقال ابن قدامة: «وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم إليه؛ لأنه لا يلي على مسلم ... وأما وصية الكافر إليه فإن لم يكن عدلًا في دينه، لم تصح الوصية إليه؛ لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه فمع الكفر أولى. وإن كان عدلًا في دينه، ففيه وجهان: أحدهما: تصح الوصية إليه، وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنه يلي بالنسب، فيلي الوصية، كالمسلم ...»[٢].

وقال في تصحيح الفروع: «يصح إذا كان عدلًا، وهو الصحيح ...»[٣].

☐ وجه القول بالصحة:

القياس على ولاية القرابة، واشترطنا أن يكون الكافر عدلًا في دينه؛ لأننا إذا كنا نشترط العدالة في المسلم ففي الكافر بطريق الأولى.

القول الثالث:

تصح وصية الذمي للذمي، وأما وصاية الذمي إلى الحربي مستأمنًا أو غير مستأمن فلا تصح؛ لأن الذمي أعلى من الحربي فهو بمنزلة وصية المسلم للذمي، وهذا مذهب الحنفية، واختاره بعض المالكية[٤].

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٠).
(٢) المغني (٦/ ١٣٤-١٤٤).
(٣) تصحيح الفروع (٤/ ٧٠٩).
(٤) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٨)، المبسوط للسرخسي (٢٨/ ٢٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩١)، الذخيرة (٧/ ١٥٩)، أسنى المطالب (٣/ ٦٨)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٦)، المغني (٦/ ١٤٤)، تصحيح الفروع (٤/ ٧٠٨)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٢٩١).

جاء في الفتاوى الهندية: «والذمي إذا أوصى إلى الحربي فإنه لا يجوز؛ لأن الذمي من الحربي بمنزلة المسلم من الذمي، والمسلم لو أوصى إلى ذمي كانت الوصية باطلة[١] . . . وإذا أوصى الذمي إلى الذمي كان جائزًا، ولا يخرجه القاضي من الوصاية»[٢].

جاء في الذخيرة للقرافي: «قال ابن يونس: تجوز وصية الذمي لذمي مثله. قال محمد: ولا يوصي ذمي لحربي، ولو كان مستأمنًا، قاله أشهب، ولو أوصى الحربي للمستأمن جاز؛ لأنه أفضل منه»[٣].

❑ وجه القول بصحة وصية الذمي إلى مثله:

القياس على ولاية القرابة، فإذا صح أن يكون الكافر وليًا لأولاده، فما ثبت لبعضهم على بعض في ولاية القرابة ثبت لهم في ولاية التفويض، قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍۚ﴾ [الأنفال: ٧٣].

❑ الراجح:

صحة وصية الكافر لكافر مثله، والله أعلم.



(١) بينا في المسألة السابقة أن وصية المسلم إلى الكافر عند الحنفية فيها خلاف، هل هي باطلة، أو ستبطل بمعنى أنها صحيحة، ويخرجه القاضي منها، وذكرنا النقول عنهم فارجع إليها إن شئت.

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٨).

(٣) الذخيرة (٧/ ١٥٩).

الفرع الثالث
في وصية الكافر إلى مسلم

[م-١٧١٢] اختلف العلماء في صحة وصية الكافر إلى مسلم على قولين:

القول الأول:

ذهب عامة الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة إلى صحة وصية الكافر إلى مسلم[١].

قال السرخسي: «ولو أوصى الذمي إلى المسلم فذلك جائز عندنا . . . ثم بين وجه القول بالجواز بقوله: لأن «تفويض التصرف بجهة الإيصاء إليه بعد موته بالوصية كتفويض التصرف إليه في الوكالة في حياته، إلا أنه إذا كان في التركة خمر أو خنزير فينبغي للمسلم أن يوكل بيع ذلك من يثق بأمانته من أهل الذمة ولا يباشره بنفسه؛ لأنه ممنوع من التصرف في الخمر والخنزير شرعا ومنهي عنه»[٢].

وجاء في المدونة: «أرأيت إن أوصى ذمي إلى مسلم؟

قال: قال مالك: إن لم يكن في تركته الخمر أو الخنازير أو خاف أن يلزم بالجزية فلا بأس»[٣].

---

(١) الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩١)، المبسوط (٢٨/ ٢٥، ٩٥)، المدونة (٦/ ١٩)، التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٢٤١)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٤/ ٤٩)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٠)، أسنى المطالب (٤/ ٤٩)، الإقناع لابن المنذر (٢/ ٤١٦)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٩٦)، المبدع (٥/ ٣١٤).

(٢) المبسوط (٢٨/ ٩٥).

(٣) المدونة (٦/ ١٩).

وقال الخطيب: «تصح وصاية الذمي إلى المسلم اتفاقًا كما تصح شهادته عليه، وقد ثبتت له الولاية عليه، فإن الإمام يلي تزويج الذميات»(١).

وفي الحاوي: «فأما وصية الكافر إلى المسلم فجائزة؛ لظهور أمانته فيها»(٢).

وقال ابن قدامة: «وأما وصية الكافر إلى المسلم، فتصح إلا أن تكون تركته خمرًا، أو خنزيرًا»(٣).

وقال في الإنصاف: «وتصح وصية الكافر إلى مسلم بلا نزاع. لكن بشرط أن لا يكون في تركته خمر ولا خنزير»(٤).

القول الثاني:

أشار بعض الشافعية إلى قول آخر في المسألة، وأنه يشترط أن يكون الوصي من ملة الموصى عليه، ويلزم من هذا الشرط بطلان وصية الذمي إلى مسلم.

جاء في مغني المحتاج: «واستنبط الأسنوي من ذلك كون الوصي الذمي من ملة الموصى عليه، حتى لا تصح وصية النصراني إلى اليهودي أو المجوسي، وبالعكس للعداوة، ورده الأذرعي بأنه لو صح ذلك لما جازت وصية ذمي إلى مسلم»(٥).

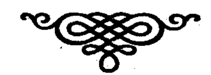
[م-١٧١٣] وإن أوصى ذمي إلى مسلم، وجعل له أن يوصي، فهل يجوز أن يوصي إلى ذمي، وقفت على كلام للشافعية في هذه المسألة، ولهم فيها قولان:

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٧٤).
(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٠).
(٣) المغني (٦/ ١٤٤).
(٤) الإنصاف (٧/ ٢٩٨).
(٥) مغني المحتاج (٣/ ٧٤).

جاء في أسنى المطالب: «قال الإسنوي: ولو أوصى ذمي إلى مسلم، وجعل له أن يوصي، فالمتجه جواز إيصائه إلى الذمي.

واستبعده الأذرعي، واعترضه ابن العماد: بأن الوصي يلزم النظر بالمصلحة الراجحة، والتفويض إلى المسلم أرجح في نظر الشرع من الذمي»[١]، قال الخطيب: وهذا هو الظاهر[٢].



(١) أسنى المطالب (٣/ ٦٨)، وانظر مغني المحتاج (٣/ ٧٤).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٧٤).



الشرط الثالث
في اشتراط عدالة الوصي

[م-١٧١٤] اختلف الفقهاء في اشترط العدالة في الوصي على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى صحة الإيصاء إلى الفاسق، وعلى القاضي أن يخرجه من الوصاية، ويعين بدله عدلًا، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفًا عليه في المال، وهذا يصلح عذرًا في إخراجه وتبديله بغيره، ولو تصرف قبل إخراجه منه صح تصرفه، ولو تاب الفاسق لم يخرج منها.

جاء في البحر الرائق: «قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وإلى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم): أي إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم، وأشار المصنف إلى شروط الولاية: فالأول: الحرية، والثاني: الإسلام، والثالث: العدالة، فلو ولى من ذكر صح ويستبدل بغيره»[1].

وجاء في الدر المختار: « (ولو) أوصى (إلى صبي، وعبد غيره، وكافر، وفاسق بدل) أي بدلهم القاضي (بغيرهم) إتماما للنظر، ولفظ (بدل) يفيد صحة الوصية، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز سراجية، (فلو بلغ الصبي، وعتق العبد، وأسلم الكافر) أو المرتد وتاب الفاسق . . . (لم يخرجهم القاضي عنها) أي عن الوصايا لزوال الموجب للعزل»[2].

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠١).

وقالت المالكية: الوصي على تفريق الثلث، أو على العتق لا تشترط فيه العدالة التي تشترط في الشهادة، بخلاف الوصي على اقتضاء الدين أو قضائه فتشترط فيه العدالة؛ خوفًا أن يدعي غير العدل الضياع[١].

وجاء في تبصرة الحكام: «قال بعض الأندلسيين: إذا أوصى بتنفيذ ثلثه لفاسق، أو سارق، لم يكن للقاضي عزله، لكن يطالبه بالإشهاد على تنفيذه»[٢].

واختار أصبغ ومطرف وابن الماجشون من المالكية، وبعض الحنابلة صحة الوصاية إلى الفاسق، ويضم إليه أمين إن أمكن الحفظ به، وهذا القول رواية عن أحمد، وحملها جماعة من الحنابلة منهم القاضي على الفسق الطارئ بعد موت الموصي[٣].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٦-٢٠٧)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٠٦)، التاج والإكليل (٨/ ٥٥٦)، منح الجليل (٩/ ٥٨٠)، الفروق للقرافي (٤/ ٣٦).
وقد ذكرت بعض كتب المالكية اشتراط العدالة، ولا يقصدون بها العدالة المشروطة في الشهادة، وإنما يريدون بها الستر.
جاء في التاج والإكليل (٨/ ٥٥٦): «الركن الأول الوصي وشروطه أربعة: التكليف، والإسلام، والعدالة، والكفاية، ابن عرفة: المراد بالعدالة في هذا الفصل الستر، لا الصفة المشترطة في الشهادة.
عبد الوهاب: قال مالك: لا تجوز الوصية إلى غير الأمين، والوديعة عند غير الأمين جائزة، والقصد من الكل الحفظ».
وقال الخرشي (٨/ ١٩٢): «ومنها أن يكون عدلًا، والمراد بالعدالة: الأمانة والرضا فيما يصير إليه، فلا يقال: إن العدل يغني عن الإسلام؛ لأن هذا لو أردنا بالعدل عدل الشهادة».
(٢) تبصرة الحكام (٢/ ٢٢٤).
(٣) الفروع (٤/ ٧٠٧)، المغني (٦/ ١٤٥).

جاء في تبصرة الحكام في أصول الأقضية: «قال أصبغ: إن كان الوصي غير عدل، وهو ممن يرجى منه حسن النظر، كالقريب، والمولى، وشبه ذلك، فأرى أن يجعل معه غيره، ويكون المال بيد الشريك، وقاله مطرف وابن الماجشون: وقيل يعزل»[١].

وجاء في الفروع: تصح الوصية إلى رشيد . . . وإلى فاسق ويضم إليه أمين إن أمكن الحفظ به، وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط، وقيل: عكسه»[٢].

ونوقش:

بأن التفريق بين الفسق الطارئ وغيره قول ضعيف؛ فإن الشروط تعتبر في الدوام كما تعتبر في الابتداء، ولو كان لابد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق إذا كان موجودًا حال الوصية فقد رضي به الموصي بخلاف ما إذا طرأ الفسق فإنه لم يرض به على تلك الحال، والله أعلم.

القول الثاني:

لا تصح الوصاية إلى غير العدل، وهذا مذهب الشافعية، ورواية عن أحمد، والعدل عند الحنابلة: هو مستور الحال: أي العدالة الظاهرة. وقيل: هو العدل ظاهرًا وباطنًا، وهو قول في المذهب[٣].

---

(١) تبصرة الحكام (٢/ ٢٢٤).

(٢) الفروع (٤/ ٧٠٧)، وانظر مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٠٥).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ٣٣١)، نهاية المطلب (١١/ ٣٥١)، مغني المحتاج (٣/ ٧٤)، الوسيط (٤/ ٤٨٤)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، الإنصاف (٧/ ٢٨٥-٢٨٦)، المغني (٦/ ١٤٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٩١)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٠).

قال ابن قدامة: إن كانت خيانته موجودة حال الوصية إليه لم تصح؛ لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته، فكذلك بعد موته؛ ولأن الوصية ولاية وأمانة، والفاسق ليس من أهلهما، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقًا فحكمه حكم من لا وصي له»[١].

وقال في الإنصاف: «قدم المصنف هنا أنها لا تصح إلى فاسق، وهو صحيح، وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب»[٢].

❏ وجه القول بعدم الصحة:

أن الوصاية ولاية وائتمان، ولا ولاية ولا ائتمان لفاسق.

جاء في شرح الخرقي للزركشي: «وشرط الوصي أن يكون مستور الحال، فلا تصح لفاسق؛ لأنه غير مؤتمن، ولأن ذلك نوع ولاية، والفاسق ليس أهلًا للولاية»[٣].

❏ الراجح:

أن الفسق إن كان يعود على الوصية بالضرر لم يصح الإيصاء إلى الفاسق، وإلا صحت الإيصاء إليه، والله أعلم.



---

(١) المغني (٦/ ١٤٥).

(٢) الإنصاف (٧/ ٢٨٧).

(٣) شرح الزركشي (٢/ ٣٠٥).

الشرط الرابع
في اشتراط الكفاية في الوصي

[م-١٧١٥] اختلف الفقهاء في الوصي العدل إذا كان عاجزًا عن النظر على قولين:

القول الأول:

لا تصح الوصية إلى العاجز، وهو مذهب المالكية، والشافعية، واختاره بعض الحنابلة(١).

قال في الشرح الكبير في بيان شروط الوصي: «لا بد فيه أن يكون مسلمًا مكلفًا قادرًا على القيام بما أوصي عليه»(٢).

وقال النووي: «الركن الأول: الوصي، وله خمسة شروط:

وذكر منها: الكفاية في التصرفات»(٣).

وقال الخطيب: «لا يصح - يعني الإيصاء - إلى من لا يهتدي إليه لسفه، أو مرض، أو هرم، أو تغفل؛ إذ لا مصلحة في تولية من هذا حاله»(٤).

---

(١) حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١٩٢)، التاج والإكليل (٦/ ٣٨٩)، الشرح الكبير (٤/ ٤٥٢)، منح الجليل (٩/ ٥٨٠)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، حاشية الجمل (٤/ ٧٠)، أسنى المطالب (٣/ ٦٧)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠١)، فتح الوهاب (٢/ ٣٣)، مغني المحتاج (٢/ ٧٤)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٦)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٩٨)، الإنصاف (٧/ ٢٨٥)، الفروع (٤/ ٧٠٨).

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٥٢).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ٣١١).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ٧٤).

القول الثاني:

تصح الوصية إلى العاجز، ويضم إليه الحاكم أمينًا قادرًا، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة، وقيده بعضهم بطريان العجز[١].

وقال الحنفية إن ظهر عند القاضي عجز الوصي أصلًا استبدله القاضي، وإن ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد فقط ضم إليه غيره تكميلًا له[٢].

جاء في الجوهرة النيرة: «ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه . . . فإن ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين»[٣].

وفي الفتاوى الهندية نقلًا من خزانة المفتين: «الأوصياء ثلاثة . . . وذكر منهم. . أمين عاجز فالقاضي يضم إليه من يعينه»[٤].

وعلل ذلك في الاختيار: لأن الوصية إليه صحيحة لا يجوز إبطالها، إلا أن في انفراده نوع خلل ببعض المقصود؛ لعجزه، فيضم إليه آخر تكميلًا للمقصود[٥].

---

(١) المغني (٦/ ١٤٥)، الفروع (٤/ ٧٠٨)، الإنصاف (٧/ ٢٨٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٩٤)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٤).

(٢) العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩١)، فتح القدير لابن الهمام (١٠/ ٥٠١)، الهداية شرح البداية (٤/ ٥٣٩)، اللباب في شرح الكتاب (٤/ ١٧١)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٤)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٧). .

(٣) الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩١).

(٤) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٧).

(٥) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٧).

وقال الغزالي: «لو ضعف نظره، وعجز عن حفظ الحساب بعد أن كان قادرًا ينصب القاضي معه من يحفظ الحساب ولا ينعزل به»(١).

قال ابن قدامة: «أما العدل الذي يعجز عن النظر، لعلة، أو ضعف، فإن الوصية تصح إليه، ويضم إليه الحاكم أمينًا، ولا يزيل يده عن المال، ولا نظره؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة، فصحت الوصية إليه. وهكذا إن كان قويًا، فحدث فيه ضعف، أو علة ضم الحاكم إليه يدًا أخرى، ويكون الأول هو الوصي دون الثاني، وهذا معاون؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي. وهذا قول الشافعي، وأبي يوسف. ولا أعلم لهما مخالفًا»(٢).

قلت: الخلاف محفوظ في مذهب الحنابلة كما ذكر ذلك ابن مفلح في الفروع والمرداوي في الإنصاف، وأشرت إلى الخلاف في القول الأول.

❑ الراجح:

أن القدرة إن كانت مفقودة بالكامل فإن القاضي يستبدله؛ لأن العجز الكامل لا فائدة من الإيصاء إليه، وإن كان العجز ليس كاملًا وإنما لكثرة العمل، أو في بعض الموصى به دون بعض فإن مثل هذا العجز يرتفع بضم أمين معه يعينه القاضي، ولا يخرج من الوصية، والله أعلم.



---

(١) الوسيط (٤/ ٤٨٥).

(٢) المغني (٦/ ١٤٥)، وانظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٩٤).



الشرط الخامس
في اشتراط أن يكون الوصي ذكرًا

[م-١٧١٦] اختلف العلماء في صحة الوصاية إلى المرأة على قولين:

القول الأول:

تصح الوصاية إلى المرأة، وهو قول أكثر أهل العلم، ومنهم الأئمة الأربعة[(١)].

جاء في الجوهرة النيرة: «وإن أوصى رجل إلى امرأة أو امرأة إلى رجل جاز؛ لأن المرأة من أهل الولاية كالرجل»[(٢)].

جاء في المدونة: قلت -القائل سحنون-: أرأيت لو أن رجلًا هلك، وترك أولادًا، وأوصى إلى امرأته واستخلفها على بضع بناته، أيجوز هذا في قول مالك؟

(١) المبسوط (٦/ ١٧١) و (٢٨/ ٢٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩٠)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٨)، التاج والإكليل (٦/ ٣٨٩)، البيان والتحصيل (٤/ ٤٨٨) و (١٢/ ٤٥٠)، الخرشي (٨/ ١٩٢)، منح الجليل (٩/ ٥٨١)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٤)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٢٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٢)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦٠٦)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣١)، المهذب (١/ ٤٦٣)، البيان للعمراني (٨/ ٣٠٤)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٧٩)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٢)، حاشية الجمل (٤/ ٧١)، المغني (٦/ ١٤٣)، مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٢٧٦)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٧٦)، المبدع (٥/ ٣٠٧).

(٢) الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩٠).

قال - يعني ابن القاسم -: نعم يجوز، وتكون أحق من الأولياء، ولكن لا تعقد النكاح، وتستخلف هي من الرجال من يعقد النكاح»[١].

وقال النووي: «لا يشترط في الوصي الذكورة، بل يجوز التفويض إلى المرأة، وإذا حصلت الشروط في أم الأطفال، فهي أولى من غيرها»[٢].

وجاء في مسائل أحمد: «قلت لأحمد: يوصي الرجل إلى المرأة؟ قال: نعم، أوصى عمر إلى حفصة رضي الله عنهما، قال إسحاق كما قال»[٣].

وقال ابن قدامة: «وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم، وروي ذلك عن شريح، وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والحسن بن صالح، وإسحاق، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي»[٤].

استشهد الإمام أحمد وغيره بصحة الوصاية إلى المرأة بأن عمر أوصى إلى حفصة[٥].

---

(١) المدونة (٢/ ١٩٢).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣١٢).

(٣) مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٢٧٦).

(٤) المغني (٦/ ١٤٣).

(٥) وقف عمر هو أشهر وقف في الإسلام، وقد رواه الشيخان، وليس فيه التنصيص على ولاية حفصة، وأما الرواية التي تذكر أن حفصة هي التي تولت النظر على الوقف بعد عمر رضي الله عنه، فقد رواها الدارقطني في سننه (٤/ ١٨٩) من طريق أبي مسعود أحمد بن الفرات.
والبيهقي في السنن (٦/ ٢٦٧) من طريق أبي بكر محمد بن رمح،
وابن زياد النيسابوري في الزيادات على كتاب المزني (٣٢٧) من طريق الدقيقي، ثلاثتهم، عن يزيد بن هارون، عن عبد الله بن عون، عن نافع، عن ابن عمر ... وذكر الحديث ورجالهم ثقات. =

ولأن المرأة من أهل الشهادة، فصحت الوصاية إليها كالرجل.

القول الثاني:

لا تصح الوصاية إلى المرأة، وبه قال عطاء[١]، وهو وجه عند الشافعية، حكاه الحناطي.

قال النووي في الروضة: «حكى الحناطي وجهًا، أنه لا تجوز الوصاية إليها؛ لأنها ولاية»[٢].

= وتابع معاذ بن معاذ يزيد بن هاورن عند الدارقطني (٤/ ١٨٩)، وفي إسناده شيخ الدارقطني، فيه جهالة.

ورواه البلاذري في أنساب الأشراف (٢٩٤) حدثني أحمد بن هشام بن بهرام، حدثنا يزيد بن هارون، حدثني عمرو الناقد، عن إسماعيل بن علية، ثنا ابن عون به. وفيه ذكر ولاية حفصة.

لكن رواه أحمد في مسنده (٢/ ١٣، ٥٥) وابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ٢٨٣) عن إسماعيل بن علية، وليس فيه ذكر ولاية حفصة. وقد رواه الشيخان وغيرهما من طرق عن ابن عون، وليس فيه ولاية حفصة.

ورواه أبو داود (٢٨٧٨) من طريق يحيى بن سعيد، عن صدقة عمر قال: نسخها لي عبد الحميد بن عبد الله بن عمر بن الخطاب . . . الخ. وهو صحيح وجادة، وعبد الحميد وإن كان مجهولًا فليس له رواية في هذه القصة، وإنما قام باستنساخ الوجادة التي كانت في آل عمرت.

وروى ابن أبي شيبة في المصنف تحقيق (عوامة) (٣١٤١٤) حدثنا ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، أن عمر أوصى إلى حفصة. وهذا إسناد منقطع، عمرو بن دينار لم يدرك عمر ﷺ.

وروى الدارمي (٣٢٩٧) من طريق عبد الله العمري، عن نافع، عن ابن عمر أن عمر أوصى إلى حفصة أم المؤمنين. . والعمري ضعيف.

(١) المغني (٦/ ١٤٣)، البيان للعمراني (٨/ ٣٠٤).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣١٢).

وحجتهم في ذلك:

أن المرأة لا تتولى القضاء، فكذلك لا يوصى إليها.

ويناقش:

بأن تولي المرأة القضاء فيه نزاع، وعلى القول به فإنه لا يمنع ذلك من الوصاية إليها؛ لأنها من أهل الشهادة.

(ح-١٠٤٥) وقد روى البخاري في صحيحه من طريق موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: **كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته**[(١)].

❑ الراجح:

صحة الوصاية إلى المرأة، والله أعلم.



(١) صحيح البخاري (٥٢٠٠)، وصحيح مسلم (١٨٢٩).

الشرط السادس
في اشتراط أن يكون الوصي مبصرًا

[م-١٧١٧] اختلف العلماء في صحة الوصاية إلى الأعمى:

القول الأول:

ذهب أكثر أهل العلم إلى صحة الوصاية إلى الأعمى؛ وهو الأصح في مذهب الشافعية(١).

❑ وجه القول بالصحة:

أن الأعمى من أهل الشهادة، وله الولاية على أولاده الصغار، ويتولى نكاح بناته، فصحة الوصاية إليه كالمبصر.

قال النووي: «وتجوز الوصاية إلى أعمى على الأصح»(٢).

القول الثاني:

ذهب الشافعية في مقابل الأصح إلى أنه لا تصح الوصاية إلى الأعمى بناء على أنه لا يصح بيعه، ولا شراؤه، فلا يوجد فيه معنى الولاية(٣).

---

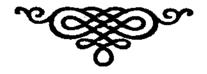
(١) المبسوط (٢٨/ ٢٥)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٨)، تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٣٠١)، الجوهرة النيرة (٢٩٠)، التاج والإكليل (٦/ ٣٨٩)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٢)، الخرشي (٨/ ١٩٢)، منح الجليل (٩/ ٥٨١)، روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، أسنى المطالب (٣/ ٦٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٥٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٧٩)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٧)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٢)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٤)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٧٧)، المغني (٦/ ١٤٣).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣١١)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٢).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ٣١١).

قال ابن قدامة: «وهذا لا يسلم لهم - يعني القول بأنه لا يصح بيعه ولا شراؤه - مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك»[١].

وقد بحثت بيع الأعمى وشراءه في عقد البيع، ورجحت صحة ذلك منه، فارجع إليه إن شئت، والقول بصحة الإيصاء إليه هو المتعين، والله أعلم.



(١) المغني (٦/ ١٤٣).

الفصل الخامس
في وقت اعتبار توفر شروط الوصي

[م-١٧١٨] تقدم لنا ذكر شروط الوصي والراجح فيها، والسؤال متى يشترط تحقق هذه الشروط في الوصي، هل يشترط حين عقد الموصي الإيصاء، أو حين موت الموصي؟ وللجواب نقول: اختلف الفقهاء في هذا على أقوال:

القول الأول:

يجب توفر هذه الشروط عند موت الموصي، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية في الأصح، ووجه في مذهب الحنابلة[(١)].

فقد نص الحنفية على أن الموصي إذا أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أو صبي، ثم عتق العبد، وأسلم الكافر، وتاب الفاسق، وبلغ الصبي لم يخرجهم القاضي من الوصاية[(٢)].

❑ وجه القول بذلك:

أن عقد الوصاية هو إقامة شخص مقام نفسه في التصرف بعد موته، فلما كان تصرف الوصي لا يكون إلا بعد موت الموصي صار كأنه وقت الابتداء.

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠١)، البيان للعمراني (٨/ ٣٠٥-٣٠٦)، مغني المحتاج (٣/ ٧٤)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٤/ ٤٩)، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٧/ ٨٦) و (٧/ ٩٠)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٢).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠١) وهذا على القول بأن الوصية إلى هؤلاء باطلة، وأما من قال: إن الوصية إلى هؤلاء ستبطل بحكم القاضي فلا يصح تخريج هذا القول على هذه المسألة، والله أعلم.

وقياس الموصى إليه على الموصى له، فلو أوصى إلى شخص وارث، فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية، والعكس بالعكس، فلو أوصى لشخص غير وارث، فصار عند الموت وارثًا لم تصح له الوصية.

وقياسًا على عدالة الشهود فإنها تشترط عند الأداء أو الحكم دون التحمل.

وقال زكريا الأنصاري: «واعتبرت الشروط عند الموت لا عند الإيصاء، ولا بينهما؛ لأنه وقت التسلط على القبول، حتى لو أوصى إلى من خلا عن الشروط أو بعضها كصبي، ورقيق، ثم استكملها عند الموت صح»[1].

القول الثاني:

يجب توفر هذه الشروط عند الوصية إليه وعند موت الموصي معًا، ولا تعتبر فيما بينهما، فلو أوصى إلى عدل، ثم صار فاسقًا، وعند الموت رجع عدلًا صحت الوصاية إليه، وهذا القول وجه في مذهب الشافعية، والمشهور عند الحنابلة[2].

قال الشيرازي: «واختلف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية إليه فمنهم من قال: يعتبر ذلك عند الوفاة . . . لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل.

ومنهم من قال: تعتبر عند العقد وعند الموت، ولا تعتبر فيما بينهما؛ لأن حال العقد حال الإيجاب، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما»[3].

---

(١) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢/ ٢٤).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٣٣١)، المهذب (١/ ٤٦٣)، الإنصاف (٧/ ٢٨٩)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٤)، الفروع (٤/ ٧٠٩)،

(٣) المهذب (١/ ٤٦٣).

قال في الإنصاف: «يعتبر وجودها عند الموت والوصية فقط، وهو المذهب»[١].

❑ **وجه اعتبارهما معًا:**

اعتبر وجود هذه الصفات عند الإيصاء إليه؛ لأن ذلك وقت التقليد، والإيجاب، فاعتبر لصحته توفر شروطه، واعتبر وقت الموت؛ لأنه وقت التصرف.

القول الثالث:

يشترط وجود هذه الصفات عند الوصية وما بعدها، وهو وجه في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة[٢].

قال العمراني: «متى يعتبر وجود الشرائط الخمس في الوصي؟ فيه ثلاثة أوجه:

الثالث: منهم من قال: تعتبر وجود الشرائط في الوصي من حين الوصية إلى أن يموت الموصي؛ لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يموت فيه الموصي فيستحق الوصي فيه النظر»[٣].

وجاء في الإنصاف: «يشترط وجود هذه الصفات عند الوصية والموت وما بينهما، وهو احتمال في الرعاية، وقول في الفروع، ووجه للقاضي في المجرد»[٤].

---

(١) الإنصاف (٧/ ٢٨٩).
(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٣٣١)، المهذب (١/ ٤٦٣)، الفروع (٤/ ٧٠٩)، الإنصاف (٧/ ٢٨٩).
(٣) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٣٠٥-٣٠٦).
(٤) الإنصاف (٧/ ٢٨٩).

❑ **الراجح:**

أجد القول الأول هو الصواب، وأن العبرة في توفر الشروط الصحيحة عند الموت؛ لأنه وقت التصرف، والله أعلم.



الفصل السادس
في تصرفات الوصي

المبحث الأول
في الوصاية المطلقة والمقيدة

إنك لا تستطيع أن تعرف واجبات الوصي دون أن تعرف ما يمكن للموصي أن يوصي به؛ لأن تصرفات الوصي مستفادة من التفويض الممنوح له من الموصي، وما يمكن للموصي أن يوصي به منه ما هو محل وفاق، ومنه ما هو محل خلاف، كالوصية بالتزويج، هل هذا حق ينتقل بالوصية، أو أن الميت يفقد ولايته بموته، وتنتقل الولاية عنه إلى أقرب عاصب.

وهل الجد والأخ، والعم والأم بمنزلة الأب يحق لهم الإيصاء، أو لا يملكون ذلك.

وإذا كان العلماء قد اتفقوا على صحة الوصاية بالمال، فهل للوصي أن يعمل على تنميته، أو أن دوره يكون مقصورًا على حفظه، والنفقة منه على الصغار ومن في حكمهم.

كل هذه المسائل سوف نبحثها إن شاء الله تعالى في المباحث التالية، وقبل الدخول فيها نتكلم عن طبيعة الوصية:

فالوصية إما أن تكون مطلقة، أو مقيدة بشيء معين.

[م-١٧١٩] فإن كانت مطلقة، كان وصيًا في كل ما يملك الموصي من

الوصاية به، وقد أشرنا إلى أن ما يملكه الموصي، منه ما هو متفق عليه، ومنه ما هو محل خلاف بين العلماء.

فما هو محل وفاق في الجملة من ذلك:

الإيصاء في توزيع الوصية على المستحق.

والإيصاء في قضاء الديون واقتضائها.

والوصية في النظر في شئون الصغار ومن في حكمهم من مجنون وسفيه، والإنفاق عليهم، والاتهاب لهم، وحفظ أموالهم، وصيانتها عن الضياع.

والوصية برد الودائع إلى أهلها واستردادها.

وهناك مسائل محل خلاف سنتطرق لها إن شاء الله تعالى.

[م ـ ١٧٢٠] وإن كانت الوصية مقيدة بشيء، فهل يكون وصيًا في كل شيء؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

أنه إن أوصى إليه الميت بماله صار وصيًا في ماله وولده، وسائر أسبابه؛ لأن الوصاية لا تقبل التخصيص بنوع، أو مكان، أو زمان، بل تعم.

وإن أوصى إليه القاضي صار وصيًا في ذلك الشيء خاصة، فهي تقبل التخصيص، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف[1].

---

(١) منحة الخالق حاشية على البحر الرائق لابن عابدين (٧/ ٤٩)، البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، المبسوط (٢٨/ ٢٦)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٧)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٩)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٠، ٧٢٣).

ونقل ابن العربي المالكي في بعض كتبه الخلافية كقول أبي حنيفة[١].

جاء في منحة الخالق نقلًا من فتاوى قاضي خان: «ولو قال القاضي: جعلتك وصيًا للميت يصير وصيًا، فإن خص شيئًا، أو قال: في كذا، يصير وصيًا في ذلك الشيء خاصة؛ لأن إيصاء القاضي يقبل التخصيص بخلاف إيصاء الميت»[٢].

جاء في المبسوط: «وإذا أوصى إلى رجل بماله، فهو وصي في ماله، وولده، وسائر أسبابه عندنا. وقال الشافعي: لا يكون وصيًا إلا فيما جعله وصيًا فيه»[٣].

وقال ابن نجيم: «ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصيًا فيه، وفي ولده، وإذا أوصى إليه في أنواع وسكت عن نوع، فالوصي في نوع يكون وصيًا في الأنواع كلها عندنا»[٤].

وإذا أوصى إلى رجلين، أحدهما يكون في الدين، والآخر في العين، قال الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق: «الظاهر عند أبي حنيفة عدم التجزي، فيكون كل منهماوصيًا في العين والدين»[٥].

وفي الفتاوى الهندية: «رجل جعل رجلًا وصيًا في شيء بعينه، نحو التصرف في الدين وجعل آخر وصيًا في نوع آخر، بأن قال: جعلتك وصيًا في قضاء ما

(١) منح الجليل (٩/ ٥٧٧).
(٢) منحة الخالق حاشية على البحر الرائق لابن عابدين (٧/ ٤٩).
(٣) المبسوط (٢٨/ ٢٦).
(٤) البحر الرائق (٨/ ٥٢١).
(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٧).

علي من الدين، وقال لآخر: جعلتك وصيًا في القيام بأمر مالي، أو قال: أوصيت إلى فلان يتقاضى ديني، ولم أوص إليه في غير ذلك وأوصيت بجميع مالي فلانًا آخر؛ فكل واحد من الوصيين يكون وصيًا في الأنواع كلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، كأنه أوصى إليهما. وعند محمد رحمه الله تعالى كل واحد منهما يكون وصيًا فيما أوصى إليه، كذا في فتاوى قاضي خان»[1].

❑ وجه قول من قال: تثبت له الولاية مطلقًا:

الوجه الأول:

أن الوصاية لا تقبل التخصيص بنوع، أو مكان، أو زمان، بل تعم؛ لأن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه، فيكون كالجد، فكما أن تصرف الجد لا يختص بنوع دون نوع؛ لأنه قائم مقام الأب عند عدمه، فكذلك تصرف الوصي فيما يقبل النقل إليه.

ويناقش:

بأن ولاية الجد متلقاة من الشرع، فكانت ولايته مطلقة، بخلاف ولاية الوصي فإنها متلقاة من الموصي، وهو من يملك التقييد والتخصيص، فإن خصص الوصاية بشيء لم يتعده الوصي إلى غيره.

الوجه الثاني:

أن الإيصاء يتم بقوله أوصيت إليك مطلقًا، ولو كان طريقه طريق الإنابة لم

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٩).

يصح إلا بالتنصيص على ما هو المقصود كالتوكيل، فإنه لو قال: وكلتك بمالي لا يملك التصرف ما لم يبين له نوع التصرف، فلما صح الإيصاء إليه مطلقًا عرفنا أنه إثبات للولاية بطريق الخلافة.

ويناقش:

بأن الوكالة المطلقة في عدم صحتها خلاف، فلا تصلح دليلًا لإلزام المخالف، وعلى التسليم بأن الوكالة المطلقة لا تصح، فإن هناك فرقًا، فالوصية إنما صح الإيصاء بها مطلقة دون الوكالة؛ لأن الوصية المطلقة هي مقيدة بما يملكه الموصي، وهو تصرف محدود بأمرين: توزيع الثلث، ورعاية القصر، وصيانة مالهم، بخلاف الوكالة في الحياة فإنها متنوعة لذا كان لابد فيها من التنصيص عليها.

جاء في حاشية الصاوي: «واعلم أن طريقة ابن رشد، أن الوكالة كالوصية، فإذا قال: فلان وكيلي، فإنه يعم . . . وطريقة ابن بشير وابن شاس: الإطلاق في الوكالة مبطل حتى يعم أو يخص، وكأنهم لاحظوا أن الموكل حي يمكنه الاستدراك بخلاف الموصي»[1].

الوجه الثالث:

سلمنا أن الإيصاء تفويض، ولكن لما كان هذا التفويض إنما يعمل بعد زوال ولاية الموصي وعجزه عن النظر كان جوازه لحاجته، والحاجة تتجدد في كل وقت، فهو عند الإيصاء لا يعرف حقيقة ما يحتاجون فيه إلى النائب بعده، فلو لم يثبت للوصي حق التصرف في جميع الأنواع تضرر به الموصي، والظاهر أنه

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٠٣).

بهذا التخصيص لم يقصد تقييد ولايته بما سمى، وإنما سمى نوعًا؛ لأن ذلك كان أهم عنده والإنسان في مثل هذا يذكر الأهم، وهذا بخلاف الوكالة؛ لأن رأي الموكل قائم عند تصرف الوكيل، فإذا تجددت الحاجة أمكنه أن ينظر فيه بنفسه، أو بتفويضه إليه أو إلى غيره عند الحاجة[١].

ويناقش:

بأن دعوى أن الموصي لم يقصد تقييد ولايته بما قيده به، وإنما سمى ذلك اعتبارًا للأهم هذا من قبيل الظن والتخمين، واليقين مقدم عليه، وهو أن ما نص عليه الموصي قد رغب الموصي في الإيصاء به يقينًا للتنصيص عليه، وغيره محتمل، فلا يقدم المحتمل على المتيقن، وقد كان يملك الموصي أن يطلق الوصية، ثم يحضه على أشياء بعينها، فلما لم يفعل علمنا أنه لا يريد الإيصاء بغير ما أوصى به، والله أعلم.

القول الثاني:

إذا أوصى إليه بشيء بعينه لم يكن وصيًا في غيره، فمن أوصى له بالنظر في المال لم يكن له النظر في رعاية الأولاد، ومن أوصى له بقضاء الدين واقتضائه، أو رد الودائع واستردادها لا يملك النظر في غيرها. وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلا أن المالكية قالوا: لو أوصى له على بيع تركته، وقبض ديونه، فزوج بناته ممن لا تجبر على الزواج بإذنهن، فإن ذلك لا يجوز ابتداء، وإن وقع صح، وإن زوج من تجبر فإنه يفسخ أبدًا[٢].

---

(١) انظر المبسوط (٢٨/ ٢٦).

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦٠٣)، الخرشي (٨/ ١٩١)، منح الجليل (٩/ ٥٧٧)، =

جاء في المدونة: «أرأيت الميت، إذا أوصى إلى رجل، فقال: فلان وصيي، أيكون هذا وصيا في إنكاح بناته وجميع تركته في قول مالك؟

قال: نعم إلا أن يخصه بشيء فلا يكون وصيًا إلا على ذلك الشيء»[١].

وجاء في الشرح الصغير: «وإن قال: فلان وصيي على كذا لشيء عينه خص به، فلا يتعداه لغيره، فإن تعداه لم ينفذ»[٢].

وجاء في شرح الخرشي: «وإذا قال: فلان وصيي على الشيء الفلاني، فإن نظر الوصي يختص به، ولا يتعداه إلى غيره، كما إذا قال: فلان وصيي حتى يقدم فلان الفلاني، فإنه يكون وصيًا له في جميع الأشياء، لكن إلى أن يقدم فلان الفلاني، فإذا قدم، فإنه لا يكون وصيًا، وينعزل بمجرد القدوم . . . وإذا جعل وصيًا على بيع تركته، وقبض ديونه، فزوج بناته، فإن ذلك لا يجوز ابتداء، وإذا وقع صح، وليس له أن يجبرهن باتفاق . . . ومفعول زوج محذوف أي، وإن زوج من لم تجبر، وأما لو زوج من تجبر فيفسخ أبدًا. قوله: (صح) لما لم يجعل التزويج لغيره، وبعبارةٍ ظاهر قوله صح: أنه بعد الوقوع، وهو ظاهر المدونة، وأما ابتداء، فالأحب أن لا يفعل حتى يعرض الأمر على الإمام فيقدمه على الأولياء، أو يقدم الأولياء عليه»[٣].

= الفواكه الدواني (٢/ ١٣٥)، تحفة المحتاج (٧/ ٩١)، أسنى المطالب (٣/ ٧٠)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٩٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٤)، المغني (٦/ ١٤٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٩٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٨-٣٩٩).

(١) المدونة (٦/ ١٦).

(٢) الشرح الصغير (٤/ ٦٠٣).

(٣) الخرشي (٨/ ١٩١).

وجاء في تحفة المحتاج: «ويشترط بيان ما يوصى فيه . . . كأوصيت إليك في قضاء ديوني، أو في التصرف في أمر أطفالي، أو في رد آبقي، أو ودائعي، أو في تنفيذ وصاياي، فإن جمع الكل ثبت له، أو خصصه بأحدها لم يتجاوزه»(١).

وقال ابن قدامة: «ويجوز أن يوصي إلى رجل بشيء دون شيء، مثل أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها، أو بقضاء ديونه، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب، فلا يكون له غير ما جعل إليه. ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته، وإلى آخر بقضاء ديونه، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله، فيكون لكل واحد منهم ما جعل إليه دون غيره. ومتى أوصى إليه بشيء، لم يصر وصيا في غيره. وبهذا قال الشافعي»(٢).

❑ وجه القول بذلك:

أن الوصي يتصرف بالإذن، فوجب أن يقتصر على ما أذن له فيه، ولا يتعداه إلى غيره.

ولأن الإيصاء إلى الغير مشروع بحاجة الموصي، وهو أعلم بحاجته، وربما يرضى هذا الوصي على نوع دون نوع، وربما يعرف شفقة الأم على الأولاد، ولا يأتمنها على مالهم فيجعل الغير وصيا على المال دون الأولاد للحاجة إلى ذلك، فكان هذا تخصيصًا مقيدًا، فوجب اعتباره.

❑ الراجح:

أن الوصي يعمل بموجب ما فوض إليه فيه، فما لم يفوض له فيه لا يملكه.

---

(١) تحفة المحتاج (٧/ ٩١).

(٢) المغني (٦/ ١٤٢).

المبحث الثاني
في وصاية الجد والأخ والعم

[م-١٧٢١] اتفق الفقهاء على أن الأب يملك أن يوصي على أولاده الصغار ومن في حكمهم من مجنون، ومحجور عليه لسفه.

واختلفوا في غيره من الأقارب كالجد والأخ والعم، هل يملك أن يوصي على قولين:

القول الأول:

أن الجد يملك الوصاية على أولاد بنيه من جهة الشرع دون غيره من الأقارب، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية.

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «فإن لم يوص الأب فالولاية للجد؛ لأنه أقرب إليه وأشفق على بنيه فانتقلت الولاية إليه»(١).

وجاء في نهاية المحتاج: «ويشترط في الموصي في أمر الأطفال والمجانين والسفهاء . . . أن يكون له ولاية عليهم مبتدأة من الشرع، وهو الأب أو الجد المستجمع للشروط دون سائر الأقارب»(٢).

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٩)، تبيين الحقائق (٦/ ٢١٣)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٥١١)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٥٢٢)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٤٤)، البيان للعمراني (٦/ ٢٠٨)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٢٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥٥)، أسنى المطالب (٣/ ٦٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٧٩)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٩)، مغني المحتاج (٣/ ٧٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٦٦).

(٢) نهاية المحتاج (٦/ ١٠٣).

ونقل السيوطي عن السبكي أنه قال: «مراتب الولاية أربعة: الأولى: ولاية الأب والجد، وهي شرعية، بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد؛ لوفور شفقتهما، وذلك وصف ذاتي لهما، فلو عزلا أنفسهما لم ينعزلا بالإجماع؛ لأن المقتضي للولاية: الأبوة، والجدودة، وهي موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها، لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضي، وهكذا ولاية النكاح لسائر العصبات»[١].

وجاء في تحفة المحتاج: « (ولا يجوز للأب نصب وصي على الأولاد، والجد حي بصفة الولاية عليهم حال الموت: أي لا يعتد بمنصوبه إذا وجدت ولاية الجد حينئذ؛ لأن ولايته ثابتة بالشرع، كولاية التزويج أما لو وجدت حال الإيصاء ثم زالت عند الموت فيعتد بمنصوبه»[٢].

القول الثاني:

لا يملك الجد الوصاية على أولاد أولاده، فإذا لم يوص الأب فالحاكم هو الوصي، وهذا مذهب المالكية، والمشهور من مذهب الحنابلة[٣].

جاء في التاج والإكليل: «ولا تجوز وصية الجد بولد الولد، ولا أخ بأخ له

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٥٥)، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٤).

(٢) تحفة المحتاج (٧/ ٩٠).

(٣) المدونة (٦/ ١٧)، التاج والإكليل (٥/ ٦٩)، الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٤٠)، منح الجليل (٩/ ٥٧٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٤)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥١-٤٥٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٠٤)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٥٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٨، ٣٠٢)، المغني (٤/ ٣٥٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٠٦)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٢٥٧)، الإنصاف (٧/ ١٢٥).

صغير، وإن قل المال»[١].

❑ وجه القول بأن غير الأب لا يملك الوصاية:

أن الجد لا يدلي إليهم بنفسه، وإنما يدلي إليهم بالأب، فكان كالأخ والعم، ولا ولاية لأحدهما على مال أولاد أخيه، فكذلك الجد.

وقال القرافي: «ووصي الصبي أبوه، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الحاكم دون الجد والأم وسائر القرابات وقال الشافعي: الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الوصي.

لنا: أن الجد يقاسمه الأخ في الميراث بخلاف الأب، فيكون قاصرا عن الأب فلا يلحق به»[٢].

وإذا أراد الجد أن يكون وصيًا عن أولاد ابنه يذهب إلى القاضي ويطلب منه أن يوليه عليهم، فإذا قدر القاضي أن الجد أهل للولاية ولاه.

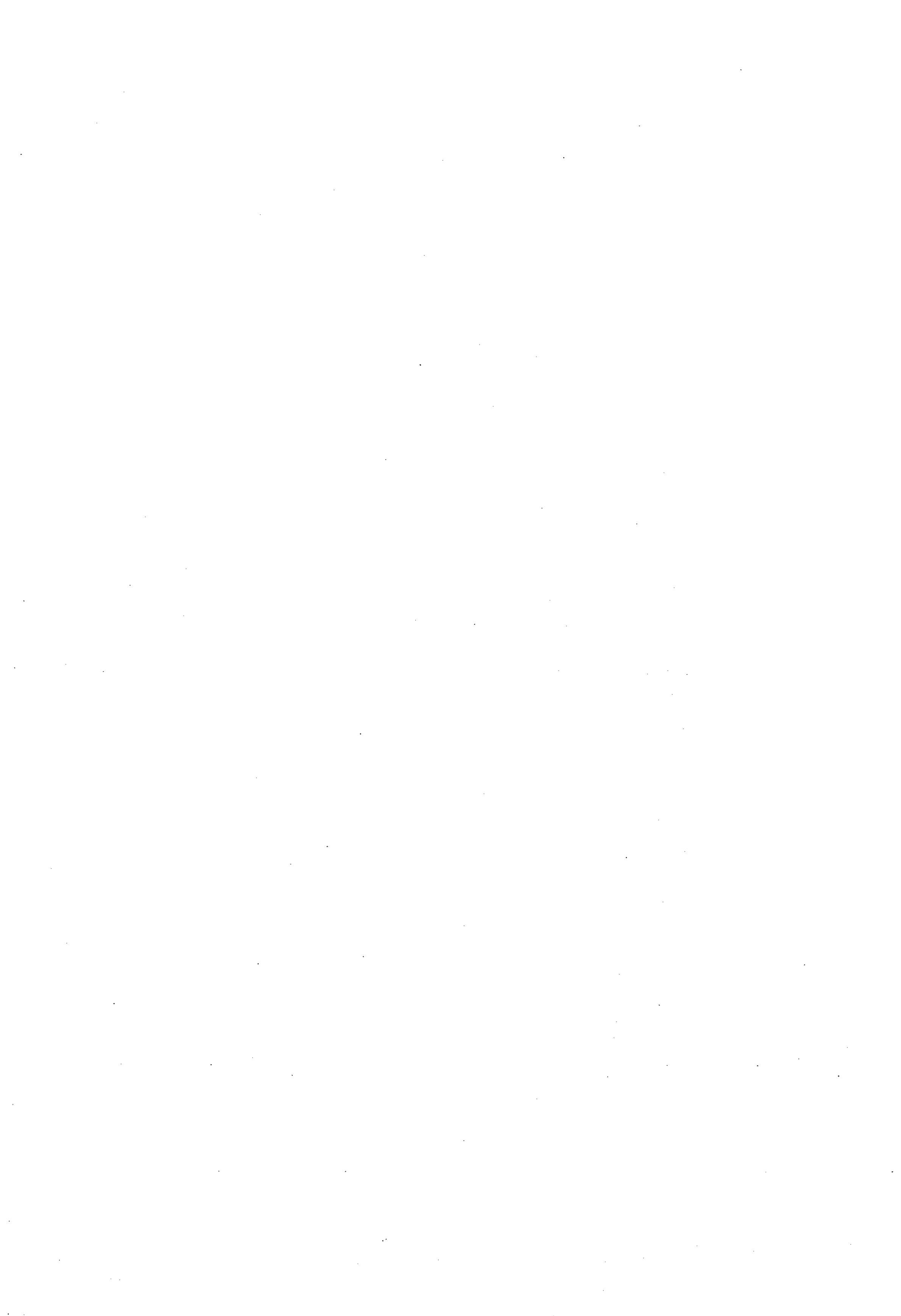
❑ الراجح:

أن الأب إذا لم يوص في حق أولاده الصغار كانت الولاية لأولى الناس بهم، فمن تولى أمر هؤلاء الصغار من جد، أو أم، أو أخ، أو عم فهو وليهم، والجد مقدم على غيره، والله أعلم.



(١) التاج والإكليل (٥/ ٦٩).

(٢) الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٤٠).



المبحث الثالث
في الوصاية بالتزويج

[م-١٧٢٢] الأب يملك أن يوصي على رعاية أولاده الصغار ومن في حكمهم فيما يتعلق بالأموال، وهذا مما لا خلاف فيه، فهل للأب أن يوصي للرجل على أن يزوج الصغار من أولاده؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يملك الوصي ولاية التزويج مطلقًا، سواء أوصى له الأب بالنكاح أو لم يوص. وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، ورواية عن أحمد، وبه قال سحنون من المالكية[1].

واستثنى في فتح القدير: ما إذا كان الموصي عين رجلًا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي كما لو وكل في حياته بتزويجها[2].

وقال العيني نقلًا عن السروجي: «الوصي لا يزوج، وهو قول الشعبي، والنخعي، والثوري، والحارث النكلي، والشافعي، وابن المنذر ورواية عن أحمد»[3].

---

(١) المبسوط (٤/ ٢٢٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٨)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٦)، البيان والتحصيل (٥/ ١٠٧-١٠٨)، المقدمات الممهدات (١/ ٤٧٧)، الأم (٤/ ١٢١)، روضة الطالبين (٧/ ٩٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٥٤)،

(٢) فتح القدير (٣/ ٢٨٧-٢٨٨)، وانظر البحر الرائق (٣/ ١٣٥).

(٣) البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٦).

وفي حاشية ابن عابدين: «وليس للوصي من حيث هو وصي أن يزوج اليتيم مطلقًا، وإن أوصى إليه الأب بذلك على المذهب»(١).

وقال قاضي خان كما في حاشية الشلبي: «الوصي لا يملك إنكاح الصغير والصغيرة أوصى إليه الأب في ذلك أو لم يوص»(٢).

وقال الشافعي: «وإذا أوصى الميت بإنكاح بناته إلى رجل، فإن كان وليهن الذي لا أولى منه زوجهن بولاية النسب، أو الولاء دون الوصية جاز، وإن لم يكن وليهن لم يكن له أن يزوجهن، وفي إجازة تزويج الوصي إبطال للأولياء إذا كان الأولياء أهل النسب، ولا يجوز أن يلي غير ذي نسب.

فإن قال قائل: يجوز بوصية الميت أن يلي ما كان يلي الميت، فالميت لا ولاية له على حي فيكون يلي أحد بولاية الميت إذا مات صارت الولاية لأقرب الناس بالمزوجة من قبل أبيها بعده، أحبت ذلك، أو كرهته، ولو جاز هذا لوصي الأب جاز لوصي الأخ والمولى، ولكن لا يجوز لوصي»(٣).

❑ حجة هذا القول:

أن الوصي يستمد ولايته من ولاية الميت، والميت لا ولاية له على الحي، فتنقطع ولايته بموته، فلا يملك الإيصاء بولاية النكاح.

ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع، فلا يملك الأب نقلها بالوصية كالحضانة، لا تملك الأم أن تنقلها عمن يستحقها من بعدها إلى غيرها(٤).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٩).
(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢/ ١٢٦).
(٣) الأم (٤/ ١٢١).
(٤) انظر الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٧).

القول الثاني:

الوصي المطلق مقدم على الولي في تزويج الصغار، وهذا مذهب المالكية، والمشهور من مذهب الحنابلة[١].

والمقصود بالوصي المطلق هو من قال فيه الرجل: فلان وصيي، وأطلق، ولم يقيد ذلك بشيء، أما لو قال: فلان وصيي في مالي لم يتعده إلى النكاح.

قال ابن حبيب كما في البيان والتحصيل: «إذا قال: فلان وصي على مالي، فليس بوصي على الولد في تزويجهم؛ وإنما يكون وصيًا في تزويجهم إذا قال: فلان وصيي، ولم يزد، أو قال: فلان وصيي على بضع بناتي»[٢].

وجاء في المدونة: «قلت: أرأيت الوصي، أو وصي الوصي، أيجوز أن يزوج البكر إذا بلغت، والأولياء ينكرون، والجارية راضية؟

قال: قال مالك: لا نكاح للأولياء مع الوصي، والوصي ووصي الوصي أولى من الأولياء.

قلت: أرأيت إن رضيت الجارية، ورضي الأولياء والوصي ينكر؟

---

(١) المدونة (٢/ ١٦٦)، البيان والتحصيل (٤/ ٢٨٥) و (٥/ ١٠٧-١٠٨) و (٨/ ١٦٧)، الذخيرة (٤/ ٢١٩، ٢٢٤، ٢٢٥)، القوانين الفقهية (ص١٣٣)، مواهب الجليل (٣/ ٤٢٨)، الخرشي (٨/ ١٩١)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٤)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥١)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦٠٢-٦٠٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٦٧)، الإنصاف (٨/ ٨٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٤٣)، كشاف القناع (٥/ ٥٨)، مطالب أولي النهى (٥/ ٧١).

(٢) البيان والتحصيل (٤/ ٢٨٥).

فقال: قال مالك: لا نكاح لها، ولا لهم إلا بالوصي، فإن اختلفوا في ذلك نظر السلطان فيما بينهم»[١].

وقال ابن عبد البر في الكافي: «والوصي عند مالك أولى من الولي بالإنكاح، ويستحب له أن يشاور الولي، ولو زوجها الولي بإذن الوصي كان حسنًا»[٢].

❑ حجة هذا القول:

أن الأب لو جعل ذلك إلى رجل بعينه فى حياته لم يكن لسائر الأولياء الاعتراض عليه مع بقاء الأب، فكذلك بعد موته[٣].

ولأن ولاية النكاح ولاية شرعية ثابتة للموصي، فجازت وصيته بها قياسًا على ولاية المال.

ويناقش:

بأن الولاية ثابتة للموصي في حياته، وتنقطع بموته، وقد انتقلت شرعًا إلى عصبته، فلا يملك الإيصاء بها.

القول الثالث:

إن أوصى إليه الأب بالنكاح صح وإلا فلا، وهذا القول رواية هشام عن أبي حنيفة[٤].

---

(١) المدونة (٢/ ١٦٦).
(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٢٣٣).
(٣) انظر شرح البخاري لابن بطال (٧/ ٢٥١).
(٤) تبيين الحقائق (٢/ ١٢٦).

جاء في تبيين الحقائق: «وليس للوصي أن يزوج الأيتام إلا أن يفوض إليه الموصي ذلك»[١].

قال في البحر الرائق: «روى هشام عن أبي حنيفة: إن أوصى إليه الأب جاز له، كذا في الخانية والظهيرية وبه علم أن ما في التبيين من أنه ليس له ذلك إلا أن يفوض إليه الموصي ذلك، رواية هشام وهي ضعيفة»[٢].

❑ حجة هذا القول:

وصي النكاح لا يصير وصيًا بالمال، وكذلك العكس، وصي المال لا يصير وليًا بالنكاح، فاحتاج إلى التنصيص على ولاية النكاح.

القول الرابع:

إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها؛ لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن له عصبة جاز لعدم ذلك، وبه قال أبو عبد الله ابن حامد من الحنابلة[٣].

❑ الراجح:

أن ولاية النكاح لا يملكها الأب بعد موته، وأن هذه الولاية تنتقل شرعًا إلى عصبته إن وجدوا، وإن لم يوجدوا فالقاضي ولي من لا ولي له، والله أعلم.

---

(١) تبيين الحقائق (٢/ ١٢٧).

(٢) البحر الرائق (٣/ ١٣٥).

(٣) المغني (٧/ ١٥)، الكافي (٢/ ٢٦٧).



المبحث الرابع
في إيصاء الوصي

[م-١٧٢٣] إذا فوض الأب للوصي أن يوصي ملك ذلك في قول عامة أهل العلم.

قال العمراني: «وإن أوصى إلى رجل، وأذن للوصي أن يوصي عن الموصي، قال ابن الصباغ: صح ذلك قولا واحدًا»(١).

وقيل: لا يصح، ولو أذن له الموصي إلا أن يعين له من يوصي إليه، وهو قول عند الشافعية.

جاء في الحاوي: «إذا جعل إلى وصيه أن يوصي، ولم يعين له من يوصي إليه، فهو أن يقول: جعلت إليك أن توصي، أو يقول: من أوصيت إليه فهو وصي، فالحكم فيه على سواء وفي جوازه قولان:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة، ومالك، يجوز لأمرين:

أحدهما: أن نظر الوصي، أقوى من نظر الوكيل، فلما جاز للوكيل إذا أذن له في التوكيل أن يوكل عنه معينًا، وغير معين، كان أولى في الوصي إذا أذن له في الوصية أن يوصي عنه إلى معين، وغير معين.

والثاني: أن الوصي بالإذن قد صار كالأب، فلما جاز للأب أن يوصي جاز للوصي مع الإذن أن يوصي.

---

(١) البيان للعمراني (٨/ ٣١١).

والقول الثاني: وهو اختيار المزني أنه لا يجوز للوصي مع عدم التعيين أن يوصي وإن أذن له، لأمرين:

أحدهما: أن الوصي لا يملك الاختيار بالوصية المطلقة، فكذلك لا يملك بالوصية المقيدة.

والثاني: أن اختيار الحاكم، أقوى من اختيار الموصي؛ لأن له الاختيار بإذن وغير إذن، فكذلك كان اختيار الحاكم أولى من اختيار الوصي، والله أعلم»[١].

والأول أقوى.

[م-١٧٢٤] وأما إذا لم يفوض له في الإيصاء، ولم ينهه عنه، فإن كان الوصي هو الجد كان له أن يوصي؛ لأن ولايته متلقاة من الشرع، وإن كانت وصايته متلقاة بالتفويض من الأب أو الجد ففي جواز إيصائه خلاف بين أهل العلم على قولين:

القول الأول:

يجوز للوصي أن يوصي، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، ورواية عند الحنابلة، وبه قال سفيان[٢].

قال ابن عبد البر: «وللوصي أن يوصي إلى غيره إذا لم يمنعه الموصي من

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٣٤٢).

(٢) الفروق للكرابيسي (٢/ ١٦٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٧٣)، المبسوط (١٢/ ٤٤)، المحيط البرهاني (٦/ ١٣٦)، البيان والتحصيل (٨/ ٢١١) و (١٣/ ٣٤)، الذخيرة للقرافي (٧/ ١٦٧)، الإنصاف (٧/ ٢٩٤)، المبدع (٦/ ١٠٥)، البيان للعمراني (٨/ ٣١٠)، القواعد لابن رجب (ص١٢٤).

ذلك وليس للورثه في ذلك مقال، ويقوم وصيه مقامه في كل ما كان إليه من وصية أو غيرها إذا أوصى بذلك وإن مات، ولم يوص تولى الحاكم النظر فيما كان بيده»[١].

❑ وجه القول بذلك:

أن الأب أقامه مقام نفسه، فكان له الإيصاء كالأب.

ونوقش هذا:

أن الأب أقام الوصي مقام نفسه، ولم يقم غيره مقام نفسه.

القول الثاني:

ليس للوصي أن يوصي، وهذا هو مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة[٢].

قال الماوردي في الحاوي: «قال الشافعي رحمه الله تعالى: وليس للوصي أن يوصي بما أوصى به إليه؛ لأن الميت لم يرض الموصى إليه الآخر»[٣].

وجاء في الإنصاف: «وليس للوصي أن يوصي إلا أن يجعل ذلك إليه، وهو المذهب . . .»[٤].

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٤٨).

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٣٦٣)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٩)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣-٢٩٤)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٨/ ٤٣٠٠)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٨)، المبدع (٦/ ١٠٥).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٩).

(٤) الإنصاف (٧/ ٢٩٣-٢٩٤).

وإذا مات الوصي فإن القاضي يعين وصيًا من قبله؛ لأن القاضي ولي من لا ولي له.

❑ وجه من قال: ليس للوصي أن يوصي:

الوجه الأول:

أن الموصي إنما رضي بالوصي، ولم يرض بغيره، فكان التفويض مقصورًا عليه.

الوجه الثاني:

أن الوصي يتصرف بموجب التفويض، فلا يملك التفويض إلى غيره كالوكيل.

❑ الراجح:

أن الوصي لا يملك الإيصاء إلى غيره إذا لم يفوض ذلك إليه إلا أن يكون مضطرًا كأن يخشى على المال من ولي ظالم، ولا يوجد قاض يتولى الأمر، والله أعلم.



المبحث الخامس
في وصاية الأم على أولادها

القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية[١].

[م-١٧٢٥] اختلف العلماء في الأم، هل تملك الوصاية على أولادها؟ على قولين:

القول الأول:

ليس للأم أن توصي على أولادها، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة[٢].

قال الكاساني: «أما ترتيب الولاية: فأولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب ... وليس لمن سوى هؤلاء من الأم، والأخ، والعم، وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله؛ لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة ... والأم، وإن كانت لها وفور الشفقة، لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال، ولا لوصيهن»[٣].

---

(١) المبسوط (٤/ ٢١٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٤)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥٥)، المهذب (١/ ٣٢٨)، نهاية المطالب (٥/ ٤٥٩)، البيان للعمراني (٦/ ٢٠٨)، حواشي الشرواني (٥/ ١٦١)، مغني المحتاج (٣/ ٧٦)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٩٠)، المبدع (٤/ ٣٠٨)، الإنصاف (٣/ ٢١٩) و (٥/ ٣٢٤).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٥).

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الأم لها أن توصي على أولادها بشرط أن يكون المال قليلًا عرفًا، وموروثًا عنها، ولا يكون للصغير ولي ولا وصي، كما يجوز للأم أن توصي بمال ولدها إن كانت وصيًا من قبل الأب[١].

جاء في شرح الخرشي: «الأم يجوز لها أن توصي على الصغير بشروط ثلاثة:

الأول: أن يكون المال الموصى فيه قليلًا كستين دينارًا.

الثاني: أن لا يكون للصغير ولي، ولا وصي.

الثالث: أن يكون المال موروثا عن الأم»[٢].

وقال الدسوقي في حاشيته: «قوله إن قل المال: أي بالعرف، فالمنظور له القلة بحسب العرف، ولا خصوصية للستين دينارًا»[٣].

وفي منح الجليل: «لا يجوز إيصاء الأم بمال ولدها الصغير، إلا أن تكون وصيًا من قبل أبيه، وإلا فلا يجوز إذا كان المال كثيرًا»[٤].

وفي التاج والإكليل: «ونص المدونة يجوز أن توصي الأم بمال ولدها إن كانت وصيًا من قبل الأب»[٥].

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٠٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٢)، شرح الخرشي (٨/ ١٩٢)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٣٦٩)، الذخير (٧/ ١٥٧).

(٢) الخرشي (٨/ ١٩٢).

(٣) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٢).

(٤) منح الجليل (٩/ ٥٧٩).

(٥) التاج والإكليل (٥/ ٧١).

واختار أبو سعيد الإصطخري من الشافعية أنه إن لم يكن أب ولا جد، نظرت الأم؛ لأنها أحد الأبوين، فثبتت لها الولاية في المال كالأب[(١)].

جاء في نهاية المطلب: «ذهب الإصطخري إلى أن الأم تملك التصرف في ولدها وماله، والنكاح مستثنى عن تصرفات النسوة. ثم قال الأصطخري: وصي الأم يلي أطفالها بعد وفاتها، كما أنها بنفسها تتصرف في حياتها»[(٢)].

وقال العمراني في البيان: «إن لم يكن أب ولا جد نظر الوصي من قبلهما، فإن لم يكونا، ولا وصيهما، فهل تستحق الأم النظر؟ فيه وجهان:

أحدهما: قال أبو سعيد الإصطخري: تستحق النظر في مال ولدها؛ لأنها أحد الأبوين، فاستحقت النظر في مال الولد، كالأب.

والثاني، وهو المذهب: أنه لا ولاية لها، بل النظر إلى السلطان؛ لأنها ولاية بالشرع، فلم تستحقها الأم، كولاية النكاح، ولأن قرابة الأم لا تتضمن تعصيبا، فلم تتضمن ولاية، كقرابة الخال.

فإذا قلنا بقول الإصطخري.. فهل يستحق أبوها، وأمها الولاية عند عدمها؟ فيه وجهان، حكاهما الصيمري»[(٣)].

❑ الراجح:

أن المرأة يصح لها أن توصي على أولادها كما صحح كثير من الفقهاء صحة الوصاية إليها، فإذا صح أن تكون وصية، صح أن تكون موصية، والله أعلم.

---

(١) المهذب (١/ ٣٢٨)، نهاية المطلب (٥/ ٤٥٩).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٩).

(٣) البيان للعمراني (٦/ ٢٠٨).



المبحث السادس
إخراج الوصي الزكاة عن الصغار

الفرع الأول
إخراج الوصي زكاة الفطر

[م-١٧٢٦] اختلف العلماء في إخراج الوصي زكاة الفطر عن الصغير على قولين:

القول الأول:

أنها واجبة على الصغير، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية، ومذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة[١].

جاء في المدونة: «قال مالك: يؤدي الوصي زكاة الفطر عن اليتامى الذين عنده من أموالهم، وإن كانوا صغارًا»[٢].

وجاء في شرح الخرشي: «وللوصي اقتضاء الدين وتأخيره ... وإخراج فطرته وزكاته»[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٦٩-٧٠)، العناية شرح الهداية (٢/ ٢٨٥)، تبيين الحقائق (١/ ٣٠٦)، المدونة (١/ ٣٥٧)، التهذيب في اختصار المدونة (١/ ٤٨٨)، التمهيد (١٤/ ٣٣٦)، شرح الخرشي (٨/ ١٩٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٦)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦١٠)، الأم (٧/ ١٣٣)، شرح النووي على صحيح مسلم (٧/ ٥٨)، معالم السنن (٢/ ٤٩)، المجموع (٦/ ١٣٦)، مغني المحتاج (١/ ٤٠٩)، المغني (٢/ ٢٥٦)، شرح منتهى الإرادات (١/ ٤٣٩)، كشاف القناع (٢/ ٢٤٩)، مطالب أولي النهى (٢/ ١٠٧).

(٢) المدونة (١/ ٣٥٧).

(٣) شرح الخرشي (٨/ ١٩٣).

❑ ودليلهم في ذلك:

(ح-١٠٤٦) ما رواه البخاري من طريق عمر بن نافع، عن أبيه، عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: «**فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر صاعًا من تمر، أو صاعًا من شعير على العبد والحر، والذكر والأنثى، والصغير والكبير من المسلمين، وأمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة**»[١].

وجه الاستدلال:

قوله: (فرض . . . على العبد والحر، والصغير والكبير. .) فدل على أن زكاة الفطر فريضة مفروضة، وليست مستحبة، وأنها تجب على الصغير كما تجب على الكبير، فإذا وجبت على الصغير وجب أن يخرجها عنه من يتولى أمره من أب، أو ولي، أو وصي.

القول الثاني:

لا تجب زكاة الفطر على الصغير، والمجنون، فإن أخرجها الوصي ضمنها. وهذا قول محمد بن الحسن وزفر من الحنفية[٢].

وكذلك من رأى أن زكاة الفطر مستحبة، وليست واجبة، فعلى هذا القول لا يخرج الوصي الصدقة المستحبة عن اليتيم، لأن تصرفه مقيد بالمصلحة للمحجور عليه. وهذا القول قد قال به بعض أصحاب مالك، وبعض أصحاب الشافعي، وهو وجه في مذهب الحنابلة، وبه قال داود الظاهري.

---

(١) صحيح البخاري (١٥٠٣)، ومسلم (٩٨٤).

(٢) الأصل لمحمد بن الحسن (٢/ ٣١٧-٣١٨)، المبسوط (٣/ ١٠٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٦٩-٧٠)، العناية شرح الهداية (٢/ ٢٨٥)، تبيين الحقائق (١/ ٣٠٧).

قال النووي: «وقال بعض أهل العراق، وبعض أصحاب مالك، وبعض أصحاب الشافعي، وداود في آخر أمره: إنها سنة ليست واجبة، قالوا ومعنى فرض قدر على سبيل الندب»(١).

وفي الإنصاف: «وحكي وجه: لا تجب في مال الصغير، والمنصوص خلافه»(٢).

وجاء في بدائع الصنائع: «وأما العقل، والبلوغ فليسا من شرائط الوجوب في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف حتى تجب صدقة الفطر على الصبي، والمجنون، إذا كان لهما مال، ويخرجها الولي من مالهما.

وقال محمد وزفر: لا فطرة عليهما حتى لو أدى الأب أو الوصي من مالهما لا يضمنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يضمنان.

وجه قولهما: أنها عبادة، والعبادات لا تجب على الصبيان، والمجانين كالصوم، والصلاة، والزكاة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنها ليست بعبادة محضة بل فيها معنى المؤنة فأشبهت العشر»(٣).

وهناك من وجه عدم الوجوب لكون الزكاة تطهيرًا من اللغو والرفث، والصبي ليس محتاجًا إلى التطهير؛ لعدم الإثم.

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (٧/ ٥٨).

(٢) الإنصاف (٣/ ١٦٤).

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٦٩-٧٠).

وأجيب على هذا:

بأن التطهير هو الحكمة من التشريع، وليس علة في الحكم، وبينهما فرق، كاعتبار المشقة هي الحكمة من القصر في السفر، وليست المشقة علة، فقد يوجد القصر مع عدم المشقة، كما أن التطهير قد يكون لغالب الناس، فتجب الزكاة على كافر أسلم قبل غروب الشمس بلحظة، فإنها تجب عليه مع عدم الإثم[(١)].

❑ الراجح:

وجوب الزكاة على الصغير، وأن على من يتولى أمره إخراجها من أب، أو وصي، والله أعلم.



(١) انظر شرح النووي على صحيح مسلم (٧/ ٥٨).

الفرع الثاني
في إخراج الوصي زكاة مال الصغير

الزكاة حق المال.

كل من نبت الزرع على ملكه فعليه زكاته.

[م-١٧٢٧] اختلف العلماء في إخراج الوصي زكاة المال عن الصغير، ومن في حكمه من سفيه ومجنون؛ لاختلافهم في وجوب الزكاة في مال الصغير، فمن رأى أن زكاة المال لا تجب على الصغير، رأى أن الوصي لا يملك إخراج الزكاة من مال الصغير، ومن رأى أن الزكاة واجبة على الصغير فقد اختلفوا، هل يخرجها الوصي، أو يخرجها الصبي إذا بلغ؟ وإليك بيان الخلاف:

القول الأول:

تجب الزكاة في مال الصغير، وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة(١).

وجاء في شرح الخرشي: «وللوصي اقتضاء الدين وتأخيره ... وإخراج فطرته وزكاته»(٢).

---

(١) المنتقى للباجي (٢/ ١١٠)، الاستذكار (٣/ ١٥٥)، شرح الخرشي (٢/ ١٧٨) و (٨/ ١٩٣)، الفواكه الدواني (١/ ٣٣٤)، الشرح الكبير للدردير (١/ ٤٥٥)، شرح الزرقاني على الموطأ (٢/ ١٥٣)، الحاوي الكبير (٣/ ١٥٢)، نهاية المطلب (٣/ ١٦٩)، فتح العزيز بشرح الوجيز (٥/ ٥١٧)، المهذب (١/ ١٤٠)، الوسيط (٢/ ٤٤٢)، مغني المحتاج (١/ ٤٠٩)، المغني لابن قدامة (٢/ ٢٥٦)، كشاف القناع (٢/ ١٦٩)، شرح منتهى الإرادات (١/ ٣٨٨)، مطالب أولي النهى (٢/ ٥).

(٢) شرح الخرشي (٨/ ١٩٣).

وقال ابن رشد: «ولا يشترط في ذلك البلوغ والعقل بخلاف الصلاة»[١].

وقال الشافعي: «وعلى ولي اليتيم أن يؤدي الزكاة عنه في جميع ماله، كما يؤديها عن نفسه، لا فرق بينه وبين الكبير البالغ فيما يجب عليهما»[٢].

وفي شرح الوجيز: «تجب الزكاة في مال الصبى والمجنون، وبه قال مالك وأحمد خلافًا لابي حنيفة»[٣].

وقال الماوردي: «كل حر مسلم فالزكاة في ماله واجبة، مكلفًا كان أو غير مكلف، وقال أبو حنيفة: التكليف من شرط وجوب الزكاة، فإن كان صغيرًا أو مجنونًا فلا زكاة عليه، إلا زكاة الفطر والأعشار»[٤].

القول الثاني:

أنها تجب الزكاة في مال اليتيم، ولكن ليس للولي ولا للوصي ولاية الأداء، ولكن يحصي الولي أعوام اليتيم، فإذا بلغ أخبره. وهذا قول ابن مسعود، وبه قال الثوري والأوزاعي.

وقال ابن أبي ليلى: في أموال اليتامى الزكاة، ولو أداها عنهم الوصي غرم[٥].

وهذا القول يتفق مع القول الأول في وجوب الزكاة، ويختلف معه في طريقة

---

(١) المقدمات الممهدات (١/ ٢٨١).

(٢) الأم (٧/ ١٣٣).

(٣) فتح العزيز بشرح الوجيز (٥/ ٥١٧).

(٤) الحاوي الكبير (٣/ ١٥٢).

(٥) الاموال لابن زنجويه (٣/ ٩٩٥)، الاستذكار (٣/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٤).

إخراجها، هل يملك الولي والوصي إخراجها، أو ينتظر حتى يبلغ المحجور عليه، فيخرجها هو.

القول الثالث:

لا زكاة في مال اليتيم، إلا زكاة الفطر وزكاة المعشرات، وهذا مذهب الحنفية[(١)].

قال الكاساني: «ومنها البلوغ عندنا، فلا تجب على الصبي، وهو قول علي وابن عباس فإنهما قالا: «لا تجب الزكاة على الصبي حتى تجب عليه الصلاة»[(٢)].

وقال ابن عابدين: «قوله عقل وبلوغ، فلا تجب على مجنون وصبي؛ لأنها عبادة محضة، وليسا مخاطبين بها، وإيجاب النفقات والغرامات - يعني على الصبي والمجنون - لكونها من حقوق العباد والعشر، وصدقة الفطر؛ لأن فيهما معنى المؤنة»[(٣)].

القول الرابع:

لا زكاة مطلقًا على اليتيم حتى يحتلم، وبه قال أبو جعفر الباقر، والحسن، والنخعي، وشريح.

---

(١) المبسوط (٢/ ١٦٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٤)، النتف في الفتاوى للسغدي (١/ ١٦٦)، تبيين الحقائق (١/ ٢٥٢)، الهداية (١/ ٩٥)، البناية شرح الهداية (٣/ ٢٨٩)، البحر الرائق (٢/ ٢١٧)، الاستذكار (٣/ ١٥٦).

(٢) بدائع الصنائع (٢/ ٤).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٥٨).

(ث-٢٣٨) قال ابن زنجويه: أخبرنا أبو نعيم، ومحمد بن يوسف قالا: أخبرنا سفيان، عن منصور، عن إبراهيم قال: **ليس في مال اليتيم زكاة**[١].

[صحيح عن إبراهيم النخعي][٢].

(ث-٢٣٩) وروى ابن أبي شيبة، من طريق هشام، عن الحسن، قال: **ليس في مال اليتيم زكاة حتى يحتلم**[٣].

[صحيح عن الحسن].

(ث-٢٤٠) وروى ابن زنجويه أخبرنا يحيى بن يحيى، أخبرنا ابن لهيعة، عن أبي الأسود، عن عكرمة، عن ابن عباس، أنه قال: **لا تجب في مال اليتيم زكاة حتى تجب عليه الصلاة**[٤].

[ضعيف][٥].

---

(١) الاموال لابن زنجويه (٣/ ٩٩٥).

(٢) وهذا الأثر رواه عبد الرزاق في المصنف (٦٩٩٦).
وابن أبي شيبة في المصنف (عوامة) (١٠٢٢٢) عن وكيع. كلاهما (عبد الرزاق ووكيع) عن الثوري به.
ورواه القاسم بن سلام في الأموال (١٣١٩) عن جرير، عن منصور به.
ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٢٢٣) من طريق الأعمش، عن إبراهيم.

(٣) المصنف (١٠٢٢٤).

(٤) الاموال (١٨٢٢).

(٥) في إسناده ابن لهيعة، وقد رواه الدارقطني (٢/ ١١٢) من طريق معاذ بن فضالة، حدثنا ابن لهيعة به.
قال الدارقطني: ابن لهيعة: لا يحتج به.

❑ دليل من قال: تجب الزكاة في مال الصغير:

الدليل الأول:

أن الزكاة واجبة في المال، وليست واجبة في البدن حتى يقال: إن التكليف شرط.

(ح-١٠٤٧) لما رواه الشيخان من حديث ابن عباس، **أن النبي بعث معاذًا إلى اليمن**، وفيه: (**فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم**)[١].

فالزكاة واجبة في عين المال، بصرف النظر عن مالكه صغيرًا كان أو كبيرًا.

(ح-١٠٤٨) وفي صحيح البخاري من حديث أنس، **أن أبا بكر كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين، بسم الله الرحمن الرحيم، هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين، والتي أمر الله بها رسوله، وفيه: وفي الرقة ربع العشر، فإن لم تكن إلا تسعين ومائة، فليس فيها شيء إلا أن يشاء ربها**[٢].

فجعل الرسول ﷺ الواجب متعلقًا في الرقة (الفضة)، ولم يجعل الواجب متعلقًا في ذمة المالك.

(ث-٢٤١) ولهذا قال أبو بكر: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة، والزكاة، فإن الزكاة حق المال. رواه البخاري ومسلم[٣].

---

(١) البخاري (١٣٩٥)، ومسلم (٣١).

(٢) البخاري (١٤٥٤).

(٣) صحيح البخاري (١٤٠٠)، ومسلم (٣٢).

ولم يكن السعاة وهم يأخذون الزكاة يسألون عن مالك المال، هل هو كبير مكلف، أو صغير أو يتيم؟ بل كانوا يأخذون الزكاة من الأموال الظاهرة، من الأنعام والثمار بصرف النظر عن مالكها، ولو كان ذلك مؤثرًا في وجوب الزكاة لوجب عليهم السؤال حتى لا يأخذوها ممن لا تجب عليه.

الدليل الثاني:

(ح-١٠٤٩) ما رواه الدارقطني من طريق حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، **عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: ابتغوا بأموال اليتامى لا تأكلها الصدقة**[١].

[روي موقوفًا ومرفوعًا، والموقوف أصح، ورفعه منكر، وسماع سعيد بن المسيب عن عمر فيه خلاف، والأصح أنه في حكم المتصل][٢].

---

(١) سنن الدارقطني (٢/ ١١٠).

(٢) روي عن عمر مرفوعًا، وروي موقوفًا، وهو أصح.

وقد رواه جماعة عن عمر من قوله، منهم مجاهد، ومكحول، وعبيد بن عمير، وعبد الرحمن بن السائب، وعمرو بن دينار، والشعبي، والزهري، وكلهم لم يدركوا عمر، وفيما عدا طريق مجاهد والشعبي والزهري هو من الاختلاف في الأسانيد، وليس من كثرة الطرق التي يقوي بعضها بعضًا.

ورواه سعيد بن المسيب، عن عمر، وهو أصح إسناد روي فيه هذا الأثر، وفيه من النظر ما قيل في سماع سعيد من عمر، وعدم سماعه:

قال عبدالله بن وهب: سمعت مالكًا، وسئل عن سعيد بن المسيب، قيل: أدرك عمر؟ قال: لا، ولكنه ولد في زمان عمر، فلما كبر أكب على المسألة عن شأنه، وأمره حتى كأنه رآه. قال مالك: بلغني أن عبد الله بن عمر كان يرسل إلى ابن المسيب يسأله عن بعض شأن عمر وأمره. تهذيب الكمال (١١/ ٧٤).

وقال عباس الدوري: سمعت يحيى بن معين يقول: سعيد بن المسيب قد رأى عمر، =

. . . .

= وكان صغيرًا. قلت ليحيى: يقول: ولدت لسنتين مضتا من خلافة عمر؟ قال يحيى: ابن ثمان سنين يحفظ شيئًا. المرجع السابق.

وقال إسحاق بن منصور: قلت ليحيى بن معين: يصح لسعيد بن المسيب سماع من عمر؟ قال: لا. المراسيل - ابن أبي حاتم (ص٧١).

وقال أبو حاتم الرزاي: سعيد بن المسيب عن عمر مرسل، يدخل في المسند على المجاز.

وقال أيضًا: لا يصح سماع لسعيد بن المسيب عن عمر إلا رؤيته على المنبر ينعي النعمان ابن مقرن. المرجع السابق.

وقال أبو طالب: قلت لأحمد: . . . سعيد عن عمر حجة؟ قال: هو عندنا حجة، قد رأى عمر، وسمع منه، وإذا لم يقبل سعيد عن عمر، فمن يقبل؟!. الجرح والتعديل (٤/ ٦٠) ونقله ابن حجر في تهذيب التهذيب (٤/ ٧٦).

وقال أحمد أيضًا: مرسلات سعيد صحاح، لا نرى أصح من مرسلاته. المرجع السابق.

وقال الليث عن يحيى بن سعيد، كان ابن المسيب يسمى راوية عمر، كان أحفظ الناس لأحكامه وأقضيته. المرجع السابق. إذا وقفت على ذلك نأتي إلى تخريج الأثر:

الأثر رواه عمرو بن شعيب، واختلف عليه فيه:

فرواه الدارقطني كما في إسناد الباب، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٠٧) من طريق حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، عن عمر.

قال البيهقي: هذا إسناد صحيح، وله شواهد عن عمر ﷺ. اهـ

وقال أيضًا (٦/ ٢): والصحيح رواية حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب ﷺ قال: . . . وذكر الأثر.

قلت: هذا أحسن إسناد روي فيه هذا الأثر عن عمر، وقد نقل الإمام الدارقطني في العلل (٢/ ١٥٦) أن حسين المعلم قد رواه عن مكحول، عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، عن عمر قوله. مما يظهر أن حسين المعلم قد اختلف عليه فيه، ولم أقف عليه، وقد يكون خطأ من الناسخ، فقد روى القاسم بن سلام، في الأموال (١٣٠٢) قال: وحدثنا يحيى بن سعيد، وابن أبي عدي، كلاهما عن حسين المعلم، عن مكحول، وعن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، قال: قال عمر بن الخطاب: «ابتغوا بأموال اليتامى، لا تذهبها الزكاة. =

. . . .

= وهذا لا يدل على أن حسين رواه عن مكحول، عن عمرو بن شعيب، وإنما رواه حسين المعلم بإسنادين:
أحدهما: عن مكحول، عن عمر.
والأخر عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، عن عمر. ولا يوجد رواية لحسين المعلم، عن محكول، عن عمرو بن شعيب، والله أعلم، وسوف أنقل كلام الدارقطني في العلل بتمامه في آخر البحث إن شاء الله تعالى.
ورواه الطبراني في الأوسط (٩٩٨) والدارقطني (٢/ ١١٠) من طريق مندل بن علي، عن سليمان - يعني أبا إسحاق الشيباني - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعًا.
ومندل متروك الحديث.
ورواه الترمذي (٦٤١)، والأموال للقاسم بن سلام (١٢٩٩)، والأموال لابن زنجويه (١٨٠٦) وسنن الدارقطني (٢/ ١٠٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٠٧) من طريق المثنى بن الصباح.
والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢) والجرجاني في تاريخ جرجان (٤٨٧) وابن عدي في الكامل (٧/ ١٤٥) من طريق عبد الله بن علي أبي أيوب الإفريقي.
و ابن زنجوية في الأموال (١٨٠٧) من طريق عبد الله بن لهيعة.
والدارقطني (٢/ ١١٠) من طريق رواد بن الجراح، عن محمد بن عبيد الله العرزمي، كلهم رووه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعًا.
وكل من المثنى، وأبي أيوب، وابن لهيعة ورواد ضعفاء، والعرزمي متروك.
جاء في تنقيح التحقيق (٣/ ٣٤) قال مهنا: سألت أحمد عن حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ه قال: اتجروا بأموال اليتامى، لا تأكلها الزكاة؟ فقال: ليس بصحيح، هذا يرويه المثنى بن الصباح عن عمرو. اهـ
وقال الدارقطني بعد روايته لإسناد المثنى: المثنى ضعيف، وقال عقب رواية مندل: مندل ليس بقوي. وقال عقب رواية العرزمي: رواد ضعيف، وشيخه هو العرزمي ضعيف. اهـ
ورواه عمرو بن دينار، واختلف عليه فيه:
فقيل: عن عمرو بن دينار، عن مكحول، عن عمر. =

. . . .

= وقيل: عن عمرو بن دينار، عن عمر.
وقيل: عن عمرو بن دينار، عن عبيد بن عمير، أن عمر بن الخطاب.
وقيل: عن عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن السائب، أن عمر بن الخطاب.
ورواية عمرو بن دينار مضطربة، والله أعلم، وإليك بيان هذه الطرق:
فقد رواه ابن أبي شيبة في المصنف (عوامة) (١٠٢١٥) من طريق أيوب، عن عمرو بن دينار، عن مكحول، قال: قال عمر ... فذكره.
ومكحول لم يدرك عمر.
ورواه الشافعي في مسنده (ص٢٠٤) ومن طريقه البيهقي (٦/ ٢) عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، أن عمر بن الخطاب قال ... وذكر الأثر.
ورواه الدارقطني (٢/ ١١١) من طريق أبي الربيع السمان، عن عمرو بن دينار، عن عبيد بن عمير، أن عمر بن الخطاب ﵁، قال: ابتغوا بأموال اليتامى، لا تستهلكها الزكاة.
وعبيد بن عمير لم يدرك عمر.
ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢) من طريق محمد بن مسلم - يعني الطائفي - عن عمرو - قال البيهقي: وهو ابن دينار - عن عبد الرحمن بن السائب، أن عمر بن الخطاب ﵁ قال، وذكر الأثر.
والطائفي وثقه ابن معين وقال أحمد بن حنبل: ما أضعف حديثه. ولعل من وثقه نظر إلى أن كتبه صحاح. قال أحمد: إذا حدث محمد بن مسلم من غير كتاب - يعني أخطأ - قلت: الطائفي؟ قال: نعم. وقال ابن حجر: صدوق، وذكره الذهبي فيمن تكلم فيه، وهو موثق.
وعبد الرحمن بن السائب لم يرو عنه أحد إلا عمرو بن دينار، ولم يوثقه أحد إلا ابن حبان، وفي التقريب: مقبول، يعني حيث يتابع، وقد توبع على هذا الحديث، لكن لم أقف على أن له رواية عن عن عمر بن الخطاب، فليبحث.
رروواه عبد الرزاق في المصنف (٦٩٩٠) عن الثوري، عن ثور، عن أبي عون، أن عمر بن الخطاب قال: ... وذكر الأثر، وسفيان روى عن اثنين كلاهما يسمى أبا عون، عبد الله بن أبي عبد الله الأنصاري، وعبد الله بن عون بن أرطبان المزني وكلاهما لم يدرك عمر ﵁. =

(ث-٢٤٢) وروى ابن زنجويه من طريق أبي نعيم، أخبرنا القاسم بن الفضل، حدثني معاوية بن قرة، حدثني الحكم بن أبي العاص الثقفي، قال: **إن عمر بن الخطاب ﷺ قال لي: «هل قبلكم متجر؟ فإن في يدي مالًا ليتيم قد كادت الصدقة أن تأتي عليه»**[1].

[إسناده صحيح][2].

= كما رواه عبد الرزاق أيضًا (٦٩٨٩) من طريق عبد العزيز بن رفيع، عن مجاهد، قال: قال عمر بن الخطاب . . . ومجاهد لم يدرك عمر ﷺ.
ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٢١٣) من طريق ابن إسحاق، عن الزهري، قال عمر: ابتغوا لليتامى في أموالهم، لا تستغرقها الزكاة.
ورواه القاسم بن سلام في الأموال (١٣٠٢) من طريق الشعبي، أن عمر بن الخطاب ولي مال يتيم، فقال: إن تركنا هذا أتت عليه الزكاة، يعني: إن لم يعطه في التجارة. والشعبي لم يدرك عمر ﷺ.
وفي علل الدارقطني (٢/ ١٥٦): «وسئل عن حديث سعيد بن المسيب، عن عمر قوله ابتغوا في أموال اليتامى لا تستهلكها الصدقة.
فقال: يرويه عمرو بن شعيب واختلف عنه؛
فرواه الحسين المعلم عن مكحول عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، عن عمر قوله.
وخالفه عمرو بن دينار واختلف عنه:
فقال ابن عيينة عن عمرو بن شعيب، عن عمر لم يذكر ابن المسيب.
وخالفه حماد بن زيد فرواه عن عمرو بن دينار، عن مكحول، عن عمر.
ولم يذكر فيه عمرو بن شعيب، ولا ابن المسيب.
ورواه المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.
وكذلك رواه مندل بن علي عن الشيباني، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.
وحديث عمر أصح». اهـ

(١) الأموال لابن زنجويه (١٨٠٨).

(٢) وقد رواه أحمد كما في مسائل عبد الله (٥٩٥) عن وكيع، قال أخبرنا القاسم بن الفضل به.

الدليل الثالث:

(ث-٢٤٣) روى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، قال: كانت عائشة تليني وأخًا لي يتيمين في حجرها، فكانت تخرج من أموالنا الزكاة[(١)].

[صحيح][(٢)].

الدليل الرابع:

(ث-٢٤٤) ما رواه عبد الرزاق، قال: عن معمر، عن الزهري، عن سالم، أن ابن عمر كان يكون عنده مال اليتيم فيستسلفها ليحرزها من الهلاك، وهو يؤدي زكاتها من أموالهم[(٣)].

---

(١) الموطأ (١/ ٢٥١).

(٢) ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في مسنده (ص٩٢)، وابن زنجويه في الأموال (١٨١٢)، والبيهقي في المعرفة (٦/ ٦٨).
رواه ابن أبي شيبة (عوامة) (١٠٢١٠، ٢١٧٩٠)، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن يحيى بن سعيد، عن القاسم به. وسنده صحيح.
ورواه عبد الرزاق (٦٩٨٣) عن ابن جريج، قال: أخبرني يحيى بن سعيد، قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عائشة تبضع أموالنا في البحر، وإنها لتزكيه.
ورواه ابن أبي شيبة (١٠٢٧٢) حدثنا علي بن مسهر، عن الشيباني، عن عبد الله بن ذكوان، وعمرو بن مرة، عن القاسم، قال: كان مالنا عند عائشة، فكانت تزكيه، إلا الحلي. وهذا إسناد صحيح أيضًا.
وروى عبد الرزاق في المصنف (٦٩٨٤) عن معمر، عن أيوب، عن القاسم بن محمد قال: كنا يتامى في حجر عائشة، فكانت تزكي أموالنا، ثم دفعته مقارضة فبورك لنا فيه.
ورواه ابن أبي شيبة أيضًا (١٠٢١٤) حدثنا أبو خالد الأحمر، عن يحيى، وحنظلة، وحميد، عن القاسم به.

(٣) المصنف (٦٩٩٨).

[صحيح][١].

الدليل الخامس:

(ث-٢٤٥) روى عبد الرزاق في المصنف، قال: عن ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير، **أنه سمع جابر بن عبد الله، يقول: في من يلي مال اليتيم؟ قال جابر: يعطي زكاته**[٢].

[صحيح][٣].

---

(١) ومن طريق عبد الرزاق أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٨٥).
وتابع نافع سالمًا، فأخرجه عبد الرزاق (٧٠٠١، ٧١٠٩) عن ابن جريج، أخبرني موسى بن عقبة.
وأخرجه عبد الرزاق أيضًا (٧١١٠) والبيهقي السنن الكبرى (٤/ ١٤٩) و (٦/ ٣) من طريق عبيد الله بن عمر.
ووراه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٢١٢) من طريق ليث بن أبي سليم،
ورواه ابن زنجويه في الأموال (١٨١٣) والقاسم بن سلام في الأموال (١٣٠٨)، والدارقطني في السنن (٢/ ١١١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٠٨) من طريق أيوب،
ورواه ابن زنجويه أيضًا (١٨١٤) والقاسم بن سلام في الأموال (١٣٠٩) عن عبد الله بن صالح، حدثني الليث - يعني ابن سعد - خمستهم (موسى، وعبيد الله، وليث، وأيوب، والليث بن سعد) عن نافع، أن عبد الله بن عمر ... وذكر نحوه.

(٢) المصنف (٦٩٨١).

(٣) ومن طريق ابن جريج أخرجه القاسم بن سلام في الأموال (١٣١٠).
ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٢١١) من طريق أشعث بن سوار، عن أبي الزبير به.
وأشعث وإن كان فيه ضعف إلا أنه صالح في المتابعات، وقد توبع في أبي الزبير كما سبق.
ورواه القاسم بن سلام في الأموال من طريق حبيب بن أبي حبيب، عن عمرو بن هرم، عن جابر. وحبيب بن أبي حبيب فيه لين.

الدليل السادس:

(ث-٢٤٦) روى ابن أبي شيبة، قال: حدثنا شريك، عن أبي اليقظان، عن ابن أبي ليلى، أن عليًا، زكى أموال بني أبي رافع أيتام في حجره وقال: ترون كنت ألي مالًا لا أزكيه[1].

[شريك وشيخه أبو اليقظان ضعيفان، والأثر روي من طرق ضعيفة يقوي بعضها بعضًا][2].

---

(١) المصنف (عوامة) (١٠٢٠٩).

(٢) ومن طريق شريك أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (١٢/ ٣٩٢)، والدارقطني في السنن (٢/ ١١٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٠٨).

وروى البيهقي في المعرفة (٦/ ٦٨) من طريق الشافعي، قال: أخبرنا سفيان، عن ابن أبي ليلى، عن الحكم بن عتيبة: أن علي بن أبي طالب: كانت عنده أموال بني أبي رافع أيتامًا، فكان يزكيها كل عام.

وهذا إسناد ضعيف، فيه ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن سيء الحفظ.

ورواه حبيب بن أبي ثابت، واختلف عليه:

فرواه الدارقطني (٢/ ١١٠) من طريقين فرقهما، عن أشعث عن حبيب بن أبي ثابت، عن صلت المكي، عن ابن أبي رافع، قال: كانت أموالهم عند علي . . . وذكر نحوه.

ورواه البيهقي (٤/ ١٠٧) من طريق سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت، عن بعض ولد أبي رافع. فأسقط صلتًا.

ورواه القاسم بن سلام (١٣٠٦) من طريق حجاج بن أرطأة.

والبيهقي (٦/ ٢٨٥) من طريق منصور، كلاهما عن حبيب بن أبي ثابت، أن علي بن أبي طالب، وذكر نحوه، وهذا اختلاف ثالث على حبيب.

وأشار البخاري في التاريخ الكبير إلى الاختلاف على حبيب (٤/ ٣٠٢).

قلت: لعل هذا من تدليس حبيب بن أبي ثابت، فإنه مشهور بالتدليس.

فهذه الآثار عن عمل الصحابة تكشف لك أن التكليف ليس شرطًا، وهم إنما أخذوا ذلك عن النبي ﷺ.

يقول فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي: ولا ريب أن أقوال الصحابة أمثال عمر، وعلي، وعائشة، وابن عمر، وجابر إذا اتفقت في موضوع كهذا، يكثر وقوعه، وتعم به البلوى، وخاصة أن ذلك المجتمع الذي قدم الشهداء تلو الشهداء، وكثر فيه اليتامى، كان لها دلالتها واعتبارها في هذا المقام، ولا يسع عالمًا إهدار أقوالهم التي أجمعت على هذا الأمر، مع قرب عهدهم بالرسول ﷺ وكمال فهمهم عنه، ومعرفتهم بالقوارع التي أنزلها الله في شأن أموال اليتامى، والحق أنه لم يصح عن أحد من الصحابة القول بعدم وجوب الزكاة في مال اليتيم، وما روي عن ابن مسعود وابن عباس فهو ضعيف لا يحتج بمثله»[١].

وأموال المسلمين معصومة، وأولاها أموال اليتامى، فلو لم يكن هذا الفعل واجبًا لكانت مراعاة اليتيم أولى من مراعاة المسكين، فالمسكين يأخذ من صدقات الكبار الأغنياء الواجبة والمستحبة، فلما أخذت الزكاة من هذه الفئة دل ذلك على أنه لأمر واجب، والله أعلم.

الدليل السابع:

احتج ابن عبد البر بالإجماع على وجوب الزكاة على اليتيم في حرثه وثماره، وأن من يجن أحيانًا، وكذا الحائض لا يراعى قدر الجنون والحيض من الحول، فدل ذلك كله على أن الزكاة حق المال، وأنها ليست كالصلاة التي هي حق البدن[٢].

---

(١) فقه الزكاة (١/ ١١٢).

(٢) انظر الاستذكار (٣/ ١٥٦)، وشرح الزقاني على الموطأ (٢/ ١٥٣).

☐ دليل الحنفية على اشتراط التكليف إلا في صدقة الفطر والثمار:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣].

وجه الاستدلال:

أن الله جمع بين الصلاة والزكاة في الوجوب، فلا تجب الزكاة إلا على من تجب عليه الصلاة.

ونوقش هذا:

أن الله إنما جمع بينهما في الوجوب جملة، لا في أن الزكاة لا تجب إلا على من تجب عليه الصلاة، فكما تجب الصلاة على العبد ولا تجب عليه الزكاة عندهم، وتجب الزكاة على الحائض عند الجميع، ولا تجب عليها الصلاة، فكذلك تجب الزكاة على الصبي والمجنون، وإن لم تجب عليهما الصلاة، وهذا بين[١].

الدليل الثاني:

أن الزكاة عبادة محضة كالصلاة، ولا تجب العبادة إلا على مكلف.

(ح-١٠٥٠) ما رواه أحمد من طريق همام، عن قتادة، عن الحسن البصري، عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المعتوه أو قال: المجنون حتى يعقل، وعن الصغير حتى يشب**[٢].

---

(١) انظر المقدمات (١/ ٢٨٢).

(٢) المسند (١/ ١١٨).

وفي رواية: وعن الصغير حتى يبلغ(١).

[إسناده منقطع، ورجح الترمذي، والنسائي، والدارقطني وقفه، وقد سبق بحثه](٢).

الدليل الثالث:

قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣].

وجه الاستدلال:

أن التطهير إنما يكون من الذنوب، ولا ذنب على الصبي والمجنون.

ويجاب عن هذين الدليلين بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول:

أما حديث رفع القلم: أي عن رفع عن نفسه، لا عن ماله. فالزكاة واجبة في المال، وليست في البدن، قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾ [المعارج: ٢٤].

(ح-١٠٥١) وما رواه الشيخان من حديث ابن عباس، أن النبي بعث معاذًا إلى اليمن، وفيه: (**فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم**)(٣).

قال الماوردي: «الحقوق ضربان: حق لله تعالى وحق للآدمي.

---

(١) المسند (١/١١٦).

(٢) انظر رقم (٧٩٢) من كتاب الوضوء من موسوعة أحكام الطهارة للمؤلف.

(٣) البخاري (١٣٩٥)، ومسلم (١٩).

وحق الآدمي: ضربان، أفعال أبدان كالقصاص، وحد القذف.

وحقوق أموال: كالمهر، والنفقات، وأروش الجنايات.

فما كان من أفعال الأبدان يختص به المكلف من غيره، وما كان من حقوق الأموال يستوي فيه المكلف وغيره، كذلك حقوق الله تعالى ضربان، أفعال أبدان كالصلاة والصيام، وذلك يختص به المكلف دون غيره، وحقوق أموال كالزكوات يجب أن يستوي فيها المكلف وغيره»[١].

الجواب الثاني:

أن الحنفية قد أوجبوا زكاة الفطر، وزكاة الزروع والثمار على غير المكلف فدل ذلك على أن باب الزكاة يختلف عن الصلاة.

الجواب الثالث:

القول بأن الزكاة شرعت من أجل التطهير، ولا يوجد تطهير في حق الصبي والمجنون، فقد سبق الجواب عنه في الكلام على وجوب زكاة الفطر، فارجع إليه إن شئت.

❑ دليل من قال: تجب على الصغير، ولا يخرجها الولي:

أما أدلتهم على وجوب الزكاة على الصبي فهي أدلة الجمهور، وكون الولي لا يخرجها من مال الصبي، وإنما يحصيها فإذا بلغ أخبره الوصي بما يجب عليه فلأن مال المحجور عليه كالوديعة في يد الوصي، والمودع ليس عليه أن يقوم بالزكاة، ودفعًا للتهمة عن الوصي.

---

(١) الحاوي الكبير (٣/ ١٥٣).

ويناقش:

بأن الزكاة حولية، ويجب ألا يمنع الفقير من حقه في هذا المال، فإذا حبس المال إلى أن يبلغ الصغير تضرر الفقير، ولكن بإمكانه أن يشهد على إخراجها، فتبرأ ذمته بذلك، وهو مؤتمن، والأمين مصدق بما يدعيه حتى يثبت خلافه، والله أعلم.

❑ الراجح:

وجوب الزكاة في مال اليتيم، وأن الوصي يجب عليه إخراجها، وإذا خاف التهمة فعليه أن يشهد على إخراجها، والله أعلم.



المبحث السابع
في المضاربة بمال اليتيم

الفرع الأول
اتجار الوصي بمال اليتيم لنفسه

[م-١٧٢٨] اختلف العلماء في الوصي يتجر بمال اليتيم لنفسه على قولين:

القول الأول:

نص الحنفية، والمالكية في المشهور والإمام أحمد على أنه لا يجوز للوصي الاتجار لنفسه بمال اليتيم، وبه قال سفيان(١).

جاء في الفتاوى الهندية: «ولا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو الميت، فإن فعل، وربح يضمن رأس المال، ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، كذا في فتاوى قاضي خان»(٢).

وقال الباجي في المنتقى: «ولا يثمره لنفسه؛ لأنه حينئذ لا ينظر لليتيم، وإنما ينظر لنفسه»(٣).

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ١٤٧)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢١٢)، البحر الرائق (٨/ ٥٣٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١١-٧١٢)، التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٦١)، مواهب الجليل (٦/ ٣٩٩)، المنتقى للباجي (٢/ ١١٠)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٤٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٩٠).

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ١٤٧).

(٣) المنتقى للباجي (٢/ ١١٠).

وقال ابن عبد البر: «ولا يتجر به لنفسه ويأخذ فضله، وإن ضمنه، إلا أن يسلفه إياه حاكم مجتهد»[١].

القول الثاني:

أجاز بعض المالكية أن يتجر به لنفسه بشرط أن يكون عنده وفاء إن عطب، فإن لم يكن عنده وفاء فلا يحل له أن يستسلفه، ولا أن يتجر فيه لنفسه[٢].

والراجح الأول.

وإذا اتجر به وخسر ضمن الخسارة، وإن ربح، فهل يكون له الربح، أو يكون لليتيم، فيه خلاف بين العلماء

القول الأول:

أن الوصي يتصدق بالربح، وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن.

القول الثاني:

الربح للوصي، وهذا قول أبي يوسف.

قال الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق نقلًا عن قاضي خان: «لا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو الميت.

فإن فعل وربح يضمن رأس المال، ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشيء»[٣].

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٥٤٩).

(٢) انظر مواهب الجليل (٦/ ٤٠٠).

(٣) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢١٢).

القول الثالث:

الربح لليتيم. وهذا نص الإمام أحمد.

جاء في مسائل أحمد رواية الكوسج: «سئل سفيان عن الوصي إذا أخذ المال لنفسه؟

قال: هو ضامن؛ لأنه لا يشتري من نفسه.

قال أحمد: هو ضامن، وإن اتجر فيه كان الربح لليتيم»[١].

وجاء في مسائل أبي داود: «سمعت أحمد، سئل عن الوصي يأخذ مال اليتيم من نفسه مضاربة؟ قال: لا. فإن ربح، الربح لليتيم»[٢].

❑ الراجح:

القول بالمنع؛ لأن تصرف الوصي مقيد بأمرين:

الأول: أن يكون تصرف الوصي مما يملك الموصي الإيصاء به، وتكون الوصية إما مطلقة، أو مقيدة، وقد صرح الموصي بتفويض مثل هذا التصرف للوصي.

الثاني: أن يكون في ذلك التصرف حظ لليتيم؛ لأن تصرف الوصي مقيد في مصلحة المحجور عليه.

ولا يملك الموصي الإيصاء للوصي بالاقتراض من مال المحجور عليه، وليس في ذلك مصلحة لليتيم.

---

(١) مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٤٠).

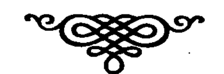
(٢) مسائل أبي داود (ص٢١٣).

وإذا اتجر الوصي لنفسه بمال اليتيم فإن ذلك يعني وجوب الضمان عليه لو خسر المال لأمرين:

الأول: أنه من قبيل التعدي؛ لأن يد الوصي يد أمانة، وليس من الأمانة أن يأخذ مال اليتيم ويتجر به لنفسه، وإذا تعدى الأمين أو فرط وجب عليه الضمان.

الثاني: أنه قد اقترض لنفسه من مال اليتيم، والقرض مضمون بالاتفاق.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن اليتيم لا يجوز له أن يقترض لنفسه من مال اليتيم[1]، وسوف نبحث هذه المسألة إن شاء الله تعالى في فصل مستقل.



(١) المبسوط (٢٢/ ١٨٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٢)، مواهب الجليل (٦/ ٤٠٠).

الفرع الثاني
في اتجار الوصي لحظ اليتيم

[م-١٧٢٩] اختلف الفقهاء في اتجار الوصي بنفسه أو بغيره بمال اليتيم لحظ اليتيم على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يجوز للوصي أن يتجر بمال اليتيم لمصلحة اليتيم، سواء اتجر بذلك بنفسه أو دفعه إلى غيره.

وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، وأحد القولين في مذهب المالكية، وهو المذهب عند الحنابلة، إلا أنهم قالوا: إذا اتجر به بنفسه كان الربح كله لليتيم[(١)].

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «وللوصي أن يدفع المال مضاربة، ويعمل فيه هو مضاربة؛ لأنه قائم مقام الأب، وللأب هذه التصرفات فكذا الوصي، فإن عمل بنفسه أشهد على ذلك»[(٢)].

وقال الشافعي كما في مختصر المزني: «وأحب أن يتجر الوصي بأموال من

---

(١) النتف في الفتاوى للسغدي (٢/ ٨٢٧)، المبسوط (٢٨/ ٢٨)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٩)، مجمع الضمانات (ص٣٩٦)، مختصر المزني (ص٨٩)، الحاوي الكبير (٥/ ٣٦١)، نهاية المطلب (٥/ ٤٥٩)، البيان للعمراني (٦/ ٢٠٨)، المغني (٤/ ١٦٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٨٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٤٩).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٩).

يلي، ولا ضمان عليه، قد اتجر عمر بمال يتيم، وأبضعت عائشة بأموال بني محمد بن أبي بكر في البحر، وهم أيتام تليهم»[١].

وقال الخرقي«ويتجر الوصي بمال اليتيم، ولا ضمان عليه، والربح كله لليتيم، إن أعطاه لمن يضارب له به، فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه»[٢].

وقال ابن قدامة: «وله أن يتجر بماله . . . والربح كله لليتيم؛ لأن المضارب إنما يستحق بعقد، وليس له أن يعقد مع نفسه لنفسه»[٣].

وجاء في الروض المربع: «إذا اتجر ولي اليتيم في ماله كان الربح كله لليتيم؛ لأنه نماء ماله، فلا يستحقه غيره إلا بعقد، ولا يعقد الولي لنفسه»[٤].

❏ دليل من قال: للوصي أن يتجر في مال اليتيم:

الدليل الأول:

(ث-٢٤٧) ما رواه الدارقطني من طريق حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، **عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: ابتغوا بأموال اليتامى لا تأكلها الصدقة**[٥].

---

(١) مختصر المزني (ص٨٩).
(٢) مختصر الخرقي (ص٨٩).
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٩٠).
(٤) الروض المربع (٢/ ٢٣٣).
(٥) سنن الدارقطني (٢/ ١١٠).

[روي موقوفًا ومرفوعًا، والموقوف أصح، ورفعه منكر، وسماع سعيد بن المسيب عن عمر فيه خلاف، والأصح أنه في حكم المتصل][١].

(ث-٢٤٨) وروى ابن زنجويه من طريق أبي نعيم، أخبرنا القاسم بن الفضل، حدثني معاوية بن قرة، حدثني الحكم بن أبي العاص الثقفي، قال: **إن عمر بن الخطاب ﷺ قال لي: «هل قبلكم متجر؟ فإن في يدي مالًا ليتيم قد كادت الصدقة أن تأتي عليه**[٢].

[سنده صحيح][٣].

الدليل الثاني:

(ث-٢٤٩) روى عبد الرزاق عن ابن جريج، قال: أخبرني يحيى بن سعيد، قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: **كانت عائشة تبضع أموالنا في البحر، وإنها لتزكيه**[٤].

[سنده صحيح][٥].

(ث-٢٥٠) وروى عبد الرزاق في المصنف عن معمر، عن أيوب، عن القاسم بن محمد قال: **كنا يتامى في حجر عائشة، فكانت تزكي أموالنا، ثم دفعته مقارضة فبورك لنا فيه**[٦].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الأموال لابن زنجويه (١٨٠٨).

(٣) وقد رواه أحمد كما في مسائل عبد الله (٥٩٥) عن وكيع، قال أخبرنا القاسم بن الفضل به.

(٤) المصنف (٦٩٨٣).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) مصنف عبد الرزاق (٦٩٨٤).

[إسناده صحيح][(١)].

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

فالوصي مأمور بما هو أصلح لليتيم وأحسن، والاتجار بمال اليتيم سبب لنمائه، حتى لا تأكله النفقة والصدقة.

ولأن الوصي قائم مقام الموصي في ولايته في مال الولد، وقد كان للموصي أن يفعل هذا كله في ماله فكذلك الوصي[(٢)].

القول الثاني:

لا يتجر الوصي بمال اليتيم، اختاره بعض الحنفية، ووجه في مذهب الحنابلة.

ومنعه أشهب من المالكية، والمشهور من مذهب المالكية كراهة العمل به بنفسه إلا أن يكون يتبرع بذلك، فإنه من المعروف[(٣)].

قال ابن رشد الجد في البيان والتحصيل: «للوصي أن يدفع مال يتيمه مضاربة... ويكره له أن يعمل هو به مضاربة..»[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر المبسوط (٢٨/ ٢٨-٢٩).

(٣) عمدة القارئ (١٤/ ٥٩)، تبيين الحقائق (٦/ ٢١٢)، البيان والتحصيل (١٢/ ٤٦٩)، مواهب الجليل (٦/ ٣٩٩)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٤)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٣٧٠)، شرح الخرشي (٨/ ١٩٣)، منح الجليل (٩/ ٥٨٨).

(٤) البيان والتحصيل (١٢/ ٤٦٩).

وفي الذخيرة: «ومنع أشهب أن يكون هوعاملًا قياسًا على بيعه من نفسه بجامع التهمة، وأجازه غيره بما يشبه قراض مثله، كشرائه له»(١).

❑ **وجه القول بالمنع:**

لأن الوصي مفوض إليه حفظ المال، وليس الاتجار به كالمودع المندوب لحفظ ما أودع، فلما لم يجز للمودع أن يتجر بالوديعة طلبًا لربح يعود على مالكها، لم يجز للوصي أن يتجر بمال اليتيم طلبًا لربح يعود عليه.

ولأن الإنسان إذا كان هو الذي يلي العمل بمال اليتيم فإنه قد يحابي نفسه على حساب اليتيم.

ولأن التجارة بالمال خطر، وطلب الربح به متوهم، فلم يجز أن يتعجل خطرًا متيقنًا، لأجل ربح متوهم(٢).

القول الثالث:

له أن يتجر بمال اليتيم بنفسه، وليس له أن يدفعه إلى غيره ليعمل به، وهذا اختيار ابن أبي ليلى من الحنفية(٣).

❑ **وجه هذا القول:**

أن الموصي قد رضيه هو، ولم يرض غيره، وقياسًا على الوكيل، فإن الوكيل ليس له أن يوكل غيره.

---

(١) الذخيرة للقرافي (٧/ ١٧٢).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٥/ ٣٦١).

(٣) المبسوط (٢٨/ ٢٨).

جاء في المبسوط: قال «ابن أبي ليلى رَحِمَهُ اللهُ: ليس له أن يفعل شيئًا من ذلك سوى التجارة في ماله بنفسه؛ لأن الموصي جعله قائمًا مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظًا عنده، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذي يتصرف بنفسه، فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل»(١).

❑ **القول الراجح:**

جواز الاتجار به بشرط ألا يستثمره في المعاملات عالية الخطورة، كأسواق الأسهم، وأن يكون استثماره مبنيًا على دراسة وتحر حتى لا يعرض المال لخسارة كبيرة، والله أعلم.



---

(١) المرجع السابق.

المبحث الثامن
في إقراض مال اليتيم

الفرع الأول
اقتراض الوصي من مال اليتيم

[م-١٧٣٠] اختلف العلماء في اقتراض الوصي لنفسه من مال اليتيم على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة إلى أن الوصي لا يجوز له أن يقترض لنفسه من مال اليتيم[1].

قال الحنفية: فإن فعل فإنه يكون ضامنًا، وإذا ضمن فكل ما ينفقه على اليتيم يكون متبرعًا به.

جاء في حاشية ابن عابدين: «ولو أخذه الوصي قرضًا لنفسه لا يجوز، ويكون دينًا عليه»[2].

---

(١) المبسوط (٢٢/ ١٨٧)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٢)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٨)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٧٢٦)، مواهب الجليل (٦/ ٤٠٠)، المنتقى للباجي (٢/ ١١١)، منح الجليل (٧/ ١٠)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٥)، الإنصاف (٥/ ٣٣٠)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٠).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٢).

وقال أيضًا: «ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح، فلو فعل، ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعًا إذا صار ضامنًا»[١].

وفي الاختيار لتعليل المختار: «وليس للوصي أن يقترض مال اليتيم، وللأب ذلك، وليس لهما إقراضه، وللقاضي ذلك»[٢].

قال الباجي: «للولي: وهو الأب، أو الوصي أن يتجر في أموالهم، وينميها لهم، وأما أن يتسلفها، ويتجر فيها لنفسه كما يفعل من لا خير فيه من الأوصياء، فإن ذلك نظر لأنفسهم دون الأيتام، إلا أن يدعو إلى يسير من ضرورة في وقت، ثم يسرع برده وتنميته للأيتام، فأما أن تصرف منافعه للأيتام، وتحصل التجارة فيه والانتفاع به للأوصياء فذلك إثم لا يحل له؛ لأن الأيتام يملكون رقبة الإملاك، ويملكون الانتفاع بها، فكما ليس للوصي استهلاك الرقبة والاستبداد بها، كذلك ليس له استهلاك المنفعة»[٣].

وجاء في كشاف القناع: «ولا يقترض وصي ولا حاكم منه شيئًا لنفسه، كما لا يشتري من نفسه، ولا يبيع لها للتهمة»[٤].

القول الثاني:

أن الوصي إذا احتاج فله أن يقترض من مال اليتيم، نسبه العيني لبعض الصحابة وجماعة من التابعين، وأجازه محمد بن الحسن من الحنفية بشرط أن يكون قادرًا على الوفاء، وأجازه بعض المالكية بشرط أن يكون يسيرًا.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤١٨).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٨).

(٣) المنتقى للباجي (٢/ ١١١).

(٤) كشاف القناع (٣/ ٤٥٠).

قال في عمدة القارئ: «قال بعضهم: إن احتاج الوصي فله أن يقترض من مال اليتيم، فإن أيسر قضاه، وهذا قول عمر بن الخطاب، وعبيدة، وأبي العالية، وسعيد بن جبير، قال أبو جعفر: وهو قول جماعة من التابعين وغيرهم، وفقهاء الكوفيين عليه أيضًا»(١).

وقال ابن عابدين: «ولو أخذه الوصي قرضًا لنفسه لا يجوز، ويكون دينًا عليه. وقال محمد: وأما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك، وهو قادر على القضاء لا بأس به»(٢).

والراجح القول الأول؛ لأن تصرف الوصي مقيد بالمصلحة، ولا مصلحة في اقتراض الوصي مال اليتيم.



(١) عمدة القارئ (١٨/ ١٦٥)، وانظر اللباب في علوم الكتاب (٦/ ١٩١)، وتفسير الطبري ط هجر (٦/ ٤١٦)، تفسير ابن أبي حاتم (٣/ ٨٧٠).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٢).



الفرع الثاني
في إقراض الوصي مال اليتيم للغير

[م-١٧٣١] اختلف العلماء في في حق الوصي في إقراض مال اليتيم للغير:

القول الأول:

ليس له إقراضه، وهذا مذهب الحنفية والمالكية(١).

قال الحنفية: فإن فعل فلا يعد خيانة توجب العزل.

جاء في الاختيار لتعليل المختار: «وليس للوصي أن يقترض مال اليتيم، وللأب ذلك، وليس لهما إقراضه، وللقاضي ذلك»(٢).

وقال ابن عابدين: «لا يقرض الأب أي في أصح الروايتين ... ولا الوصي، فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به»(٣).

وجاء في حاشية الدسوقي: «ولا يجوز للوصي تسليفه لأحد على وجه المعروف، ولو أخذ رهنًا؛ إذ لا مصلحة لليتيم في ذلك»(٤).

(١) فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣١٤)، المبسوط (٢١/ ١٠٣)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٨)، تبيين الحقائق (٤/ ١٩٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤١١)، البحر الرائق (٧/ ٢٤) و(٨/ ٥٣١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٤١٧)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٥)، مواهب الجليل (٦/ ٤٠٠)، الذخيرة (٧/ ١٧٢).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٨).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤١٨).

(٤) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٥).

وقال القرافي: «ولا يسلف ماله؛ لأنه معروف لا تنمية فيه، إلا أن يتجر له، فيسلف اليسير مما يحتاج إليه مع الناس»[(١)].

❑ وجه القول بالمنع:

الوجه الأول:

أن الوصي إنما يتصرف بمقتضى عقد الوصاية، وإقراض مال اليتيم لا يدخل تحت وصايته؛ لأنه عقد تبرع ابتداء، ولا يملك الوصي التبرع من مال المحجور عليه.

الوجه الثاني:

أن كل من يتصرف بالنظر لغيره فإن تصرفه مقيد بالمصلحة، ولا مصلحة لليتيم بإقراض ماله للغير، فإن الإقراض يعرض المال للضياع، فقد يعجز المدين عن السداد، وقد يماطل.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

فما ليس بأحسن لا يجوز الاقتراب منه، فكيف بمقارفته.

القول الثاني:

لا يجوز لغير القاضي أن يقرض من مال الصبي والمجنون إلا لضرورة، وهذا مذهب الشافعية[(٢)].

---

(١) الذخيرة (٧/ ١٧٢).

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي (٣/ ٥١)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٥)، إعانة الطالبين (٣/ ٥٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٣٧).

ومعلوم أن ما جاز بقيد الضرورة فالأصل فيه المنع والتحريم؛ لأن الضرورة تبيح المحرمات.

قال الخطيب في مغني المحتاج: «ولا يجوز لغير القاضي من الأولياء أن يقرض من مال الصبي والمجنون شيئًا إلا لضرورة، كحريق، ونهب، أو أن يريد سفرًا يخاف عليه فيه»[(١)].

القول الثالث:

إن كان الحامل على إقراض مال اليتيم الإرفاق بالمقترض فهذا غير جائز، وإن كان الحامل عليه مصلحة اليتيم جاز إقراضه، وهذا مذهب الحنابلة[(٢)].

ولهذا يعتبر إيداع مال الأيتام للبنوك على توصيف أن الودائع هي قروض باعتبار أن البنك يتملكها، ويضمنها، ويستقل باستثمارها، وله غنمها، وعليه غرمها، وهذه طبيعة القروض، إلا أن الإقراض لم يقصد منه الإرفاق بالبنوك، وإنما الحامل عليه مصلحة الأيتام، فيجوز من هذا الباب.

جاء في المغني: «فأما قرض مال اليتيم؛ فإذا لم يكن فيه حظ له، لم يجز قرضه ... قال أحمد: لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته، ومودته، ويقرض على النظر، والشفقة، كما صنع ابن عمر.

وقيل لأحمد: إن عمر استقرض مال اليتيم؟

قال: إنما استقرض نظرًا لليتيم، واحتياطًا، إن أصابه بشيء غرمه.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٧٥).

(٢) المغني (٤/ ١٦٧)، الكافي (٢/ ١٢٧)، المبدع (٤/ ٢٠٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٤٩).

قال القاضي: ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلده، فيريد نقله إلى بلد آخر، فيقرضه من رجل في ذلك البلد، ليقضيه بدله في بلده، يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله، أو يخاف عليه الهلاك من نهب، أو غرق، أو نحوهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه، كالحنطة ونحوها، فيقرضه خوفًا أن يسوس، أو تنقص قيمته، وأشباه هذا، فيجوز القرض؛ لأنه مما لليتيم فيه حظ فجاز، كالتجارة به.

وإن لم يكن فيه حظ، وإنما قصد إرفاق المقترض، وقضاء حاجته، فهذا غير جائز؛ لأنه تبرع بمال اليتيم، فلم يحز كهبته»[١].

❑ **الراجح:**

أرى أن مذهب الحنابلة أقوى من حيث النظر؛ إلا أنه لقلة الأمانة في هذا العصر، ودفعًا للتلاعب فإنه يشترط أن يكون ذلك عن طريق إشراف القضاء، والله أعلم.



(١) المغني (٤/ ١٦٧).

المبحث التاسع
في رهن الوصي مال الموصى عليه

الفرع الأول
الرهن بسبب دين
أو قرض على الموصى عليه

[م-١٧٣٢] ذهب الحنفية والمالكية إلى أن للوصي أن يرهن مال الموصى عليه إذا كان ذلك بسبب دين لزمه بالتجارة.

وذهب الجمهور إلى صحة رهن مال اليتيم فيما يبتاعه له من كسوة وطعام إذا كان ذلك في حاجة ومصلحة الموصى عليه، وكان الرهن بيد عدل.

واشتراط قيد المصلحة لا يجعل قولهم مختلفًا عن غيرهم، لأن التصرف للغير يشترط فيه المصلحة مطلقًا في الرهن وغيره[1].

وإذا لم يكن الرهن بيد ثقة لم يكن ذلك في مصلحة اليتيم.

قال الزيلعي: «ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الأجنبي بتجارة باشرها، أو

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٧٣)، المبسوط (٢١/ ١٠١)، الهداية (٤/ ٤٢١)، العناية شرح الهداية (١٠/ ١٦١)، البناية شرح الهداية (١٢/ ٥١١)، المدونة (٥/ ٣١٤)، شرح الخرشي (٥/ ٢٣٦)، مواهب الجليل (٦/ ٣٧٩)، منح الجليل (٥/ ٤١٩)، التاج والإكليل (٥/ ٣)، أسنى المطالب (٤/ ٤٩٦)، نهاية المطلب (٦/ ٨٢، ٨٦)، روضة الطالبين (٤/ ٦٤)، فتح العزيز (١٠/ ٦٠)، المغني (٤/ ٢٣٤)، كشاف القناع (٣/ ٣٢٢).

رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة صح؛ لأنه الأصلح له التجارة تثميرًا لماله، فلا يجد بدا من الرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء»[١].

وفي العناية شرح الهداية: «وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعًا لليتيم جاز؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز، وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن، أو رهن؛ لأن الأولى له التجارة تثميرًا لمال اليتيم فلا يجد بدًا من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء»[٢].

جاء في مواهب الجليل: «وللوصي أن يرهن من مال اليتيم رهنًا فيما يبتاع له من مصالحه»[٣].

وجاء في شرح الخرشي: «قال ابن القاسم في المدونة: وللوصي أن يرهن من متاع اليتيم رهنًا فيما يبتاع له من كسوة، أو طعام كما يتسلف لليتيم حتى يبيع له بعض متاعه، وذلك لازم لليتيم، وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربةاهـ، والظاهر أنه محمول على النظر، ولو في رهن الربع فليس كالبيع . . . وكذلك للمأذون له في التجارة أن يرهن؛ لأن الإذن فيها إذن في توابعها»[٤].

جاء في المهذب: «ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة، ويرهن ماله عليه؛ لأن في ذلك مصلحة له فجاز»[٥].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٧٣).
(٢) العناية شرح الهداية (١٠/ ١٦١).
(٣) مواهب الجليل (٦/ ٣٧٩).
(٤) شرح الخرشي (٥/ ٢٣٦).
(٥) المهذب (١/ ٣٣٠).

وقال إمام الحرمين: «الرهن والارتهان منه متقيد بشرط الغبطة، ورعاية المصلحة»[١].

وجاء في فتح العزيز: «وحيث جاز للولى الرهن، فالشرط أن يرهن من أمين يجوز الإيداع منه، ولا فرق في جميع ذلك بين الأب، والجد، والوصي، والحاكم، وأمينه»[٢].

وقال ابن قدامة: «ولي اليتيم ليس له رهن ماله، إلا عند ثقة يودع ماله عنده، لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع. قال القاضي: ليس لوليه رهن ماله إلا بشرطين:

أحدهما، أن يكون عند ثقة.

رالثاني، أن يكون له فيه حظ، وهو أن يكون به حاجة إلى نفقة، أو كسوة، أو إنفاق على عقاره المتهدم، أو أرضه، أو بهائمه، ونحو ذلك، وماله غائب يتوقع وروده، أو ثمرة ينتظرها، أو له دين مؤجل يحل، أو متاع كاسد يرجو نفاقه؛ فيجوز لوليه الاقتراض ورهن ماله

وإن لم يكن له شيء ينتظره، فلا حظ له في الاقتراض، فيبيع شيئا من أصول ماله، ويصرفه في نفقته. وإن لم يجد من يقرضه، ووجد من يبيعه نسيئة، وكان أحظ من بيع أصله، جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئا من ماله، والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء»[٣].

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٨٢، ٨٦).

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٦٠).

(٣) المغني (٤/ ٢٣٤).

وجاء في كشاف القناع: «لولي اليتيم ونحوه رهن ماله لمصلحة ويكون بيد عدل»[١].

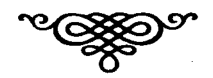
❑ الراجح:

نستطيع أن نقول: إن رهن مال الموصى عليه إما أن يكون بسبب الاتجار بماله، أو يكون بسبب حاجته للاقتراض من أجل طعامه وكسوته.

فإن كان الرهن بسبب الاتجار بماله، فالذي يمنع من الاتجار بماله ينبغي أن يمنع من رهن ماله بسبب ذلك؛ لأنه مترتب على أمر غير مشروع، وقد حررت الخلاف في حكم اتجار الوصي بمال اليتيم، وقد منعه بعض الحنفية، وهو وجه عند الحنابلة.

وقد رجحت أن للوصي الاتجار بماله، وهو فعل عمر وعائشة رضي الله عنهما، وإذا كان للوصي الاتجار بمال اليتيم تثميرًا له، فإن الرهن من توابع التجارة، فيملكه إيفاء واستيفاء.

وإذا كان الرهن بسبب الاقتراض لليتيم بسبب حاجته للطعام والكسوة فإنه ينبغي ألا يختلف في جوازه أحد؛ لأنه قد لا تندفع حاجته إلا بذلك، والله أعلم.



(١) كشاف القناع (٣/ ٣٢٢).

الفرع الثاني
رهن مال اليتيم بدين للوصي

[م-١٧٣٣] اختلف الفقهاء في جواز رهن الوصي مال الصغير بدين للوصي عليه، على قولين:

القول الأول:

لا يصح، وهذا مذهب الجمهور، وإحدى الروايتين في مذهب الحنابلة[١].

وفرق الشافعية بين الأب والجد وبين غيرهما من الأولياء، فيجوز للأب والجد رهن مال الصغير من أنفسهما، ولا يجوز لغيرهما ذلك، ووافقهم الحنابلة في الأب.

جاء في العناية شرح الهداية: «ولو ارتهنه الوصي من نفسه . . . بحق لليتيم عليه لم يجز؛ لأنه وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع»[٢].

---

(١) المبسوط (٢١/ ٩٩)، الهداية شرح البداية (٤/ ٤٢١)، البناية شرح الهداية (١٢/ ٥١٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٥٩٦)، المدونة (٥/ ٣١٦)، التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ٦١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣٢)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٣١٢)، بداية المجتهد (٢/ ٢٠٤)، وقد أشار ابن حزم في المحلى إلى أن المالكية يرون الصحة، جاء في المحلى (٨/ ١٠٢): قال المالكيون: وللوصي أن يرهن مال يتيمه عن نفسه. اهـ فقد يكون هذا قولًا في مذهب المالكية لم أقف عليه. والله أعلم.
وانظر في مذهب الشافعية: أسنى المطالب (٢/ ١٥٥)، روضة الطالبين (٤/ ٦٤)، الحاوي الكبير (٦/ ٢٩)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٦٠)، الإنصاف (٥/ ٣٣٠)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٠٩).

(٢) العناية شرح الهداية (١٠/ ١٦٠)،

وجاء في المدونة: «أرأيت إن استدنت دينًا، فرهنت به متاعًا لولدي صغارًا، ولم أستدن الدين على ولدي، أيجوز ذلك عليهم أم لا؟

قال: لا أراه جائزًا.

قلت: لم؟ أليس بيعه جائزًا عليهم؟

قال: إنما يجوز بيعه عليهم على وجه النظر لهم.

قلت: وكذلك الوصي؟ قال: نعم.

قلت: تحفظه عن مالك؟ قال: لا أقوم على حفظه الساعة عن مالك، ولكنه رأيي؛ لأن مالكًا قال: ما أخذ الوالد من مال ولده على غير حاجة فلا يجوز ذلك له»[١].

وقال النووي في روضة الطالبين: «حيث جاز الرهن أو الارتهان، جاز للأب والجد أن يعاملا به أنفسهما، ويتوليا الطرفين، وليس لغيرهما ذلك»[٢].

جاء في كشاف القناع: «وللأب أن يرتهن مالهما لنفسه، ولا يجوز ذلك لولي غيره»[٣].

القول الثاني:

أجاز الحنابلة في قول مرجوح في المذهب أنه يجوز للوصي أن يرهن مال اليتيم لنفسه بدين له عليه[٤].

---

(١) المدونة (٥/ ٣١٦).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٦٤).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٤٥٠).

(٤) المغني (٤/ ٢٣٤).

جاء في الإنصاف: «وللأب أن يرتهن مالهما من نفسه، ولا يجوز لغيره على المذهب. وفي المغني رواية: بالجواز لغيره. قال الزركشي: وفيها نظر»[1].

❑ الراجح:

المال في يد الوصي بمقتضى عقد الوصاية، وهو أمانة في يده، والرهن في يد المرتهن هو أمانة في يده، وكون الوصي يعتبر ما في يده رهنًا أو لا يعتبره كذلك هو في النية، والمرتهن لو احتاج الاستيفاء مما يعتبره رهنًا في يده لا يستوفي ذلك بنفسه، ولكن عن طريق حكم القضاء وإشرافه، وإذا أجاز الشافعية ذلك للأب والجد، وأجاز الحنابلة في المشهور أن ذلك للأب وحده، فالوصي يقوم مقام الأب، لهذا لا أرى أن هناك مفسدة تدفع عن طريق منع رهن مال اليتيم للوصي بدين له على اليتيم، والله أعلم.



(١) الإنصاف (٥/ ٣٣٠).



المبحث العاشر
في بيع مال الوصي وشرائه

الفرع الأول
أن يشري ويبيع لأجنبي

[م-١٧٣٤] مال الموصى عليه إما أن يكون عقارًا أو منقولًا، فإن كان منقولًا فذهب عامة الفقهاء إلى أنه يجوز له البيع والشراء ما دام ذلك بمثل القيمة أو بغبن يسير؛ لأن الغبن اليسير لا يمكن التحرز منه، فإذا لم يتسامح فيه أدى ذلك إلى إغلاق البيع والشراء.

ولا يجوز بيع الوصي بغبن فاحش، وهو ما لا يتغابن فيه الناس عادة(١).

لأن تصرفه بمقتضى المصلحة، والبيع بالغبن الفاحش تبرع، وهو لا يملكه، وضرر وإفساد لمال غيره، واستهلاك له، فيمنع منه كما يمنع من التصدق به.

جاء في فتح القدير: «ولا يجوز بيع الوصي، ولا شراؤه، إلا بما يتغابن

(١) عمدة القارئ (١٤/ ٥٩)، تبيين الحقائق (٦/ ٢١١)، فتح القدير (١٠/ ٥٠٩)، الهداية في شرح البداية (٤/ ٥٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (٥/ ٦٨)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٥٢٠)، البحرالرائق (٨/ ٥٣٣)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٩)، المدونة (٥/ ١٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٤)، مواهب الجليل (٤/ ٤٧٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٩٠)، منح الجليل (٥/ ٢١٩)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٧)، تحفة المحتاج (٥/ ١٨٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٥)، الأوسط (٣/ ١٧٧)، مسائل أحمد وإسحاق (٨/ ٤٣٠٢)، الإنصاف (٧/ ٣٩٨)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٩)، المبدع (٦/ ١١١).

الناس في مثله؛ لأنه لا نظر في الغبن الفاحش، بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، ففي اعتباره انسداد بابه»[١].

وجاء في المدونة: «قلت: أرأيت الوصي، أيجوز له أن يعطي حائط الصبيان مساقاة؟ قال: نعم لأن مالكا قال: بيعه للصبيان وشراؤه جائز»[٢].

وجاء في مغني المحتاج: «وله بيع ماله بعرض ونسيئة»[٣].

وجاء في مسائل أحمد وإسحاق: «قال: أحمد: الوصي بمنزلة الأب، يبيع إذا رأى صلاحًا. قال إسحاق: كما قال»[٤].

[م-١٧٣٥] واختلفوا في البيع بغبن فاحش إذا وقع:

فقيل: البيع باطل مردود، وحكى ابن عبد البر الإجماع عليه.

قال ابن عبد البر: «اتفق أهل العلم فيما علمت أن الوكيل، والمأمون ببيع شيء، أو شرائه، إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، أن فعله ذلك باطل مردود.

وكذلك فعل الوصي في مال يتيمه، إذا فعل في البيع له، أو الشراء ما لا يتغابن الناس بمثله؛ لأن ذلك إفساد لمال غيره، واستهلاك، كما لو وهب مال غيره، أو تصدق به بغير إذنه»[٥].

---

(١) فتح القدير (١٠/ ٥٠٩).

(٢) المدونة (٥/ ١٦)

(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٧٥).

(٤) مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٠٢).

(٥) الاستذكار ط - دار الكتب العلمية (٦/ ٥٣٩).

القول الثاني:

اختار ابن الملقن من الشافعية جواز بيع أموال التجارة من غير تقييد بشيء، بل لو رأى البيع بأقل من رأس المال؛ ليشتري بالثمن ما هو مظنة للربح جاز، كما قاله بعض المتأخرين[١].

القول الثالث:

اختار ابن تيمية أن من تصرف لغيره إن كان قد احتاط في البيع والشراء، واجتهد فيه، ولم يكن الباعث على ذلك محاباة، وقد بذل جهده، واستفرغ وسعه، ثم ظهر غبن لم يقصر فيه، فهو معذور، يشبه فعله خطأ الإمام، أو القاضي؛ لأن عامة من يتصرف لغيره بوكالة أو ولاية قد يجتهد، ثم يظهر فوات المصلحة، أو حصول المفسدة، ولا لزوم عليه فيهما، وتضمين مثل هذا فيه نظر. وهذا اختيار ابن تيمية.

قال ابن تيمية: «وكذلك الشريك، والوصى، والناظر على الوقف، أو بيت المال، ونحو ذلك ... إذا احتاط في البيع والشراء، ثم ظهر غبن، أو عيب، لم يقصر فيه، فهذا معذور يشبه خطأ الإمام أو الحاكم.

وأبين من هذا الناظر، والوصى، والإمام، والقاضى إذا باع، أو أجر، أو زارع، أو ضارب، ثم تبين أنه بدون القيمة، بعد الاجتهاد، أو تصرف تصرفًا، ثم تبين الخطأ فيه، مثل أن يأمر بعمارة، أو غرس، ونحو ذلك، ثم تبين أن المصلحة كانت في خلافه، وهذا باب واسع ... فإن عامة من يتصرف لغيره بوكالة أو ولاية قد يجتهد ثم يظهر فوات المصلحة، أو حصول المفسدة، ولا

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٧٥).

لزوم عليه فيهما، وتضمين مثل هذا فيه نظر . . . فإن جماع هذا أنه مجتهد مأمور بعمل اجتهد فيه، وكيف يجتمع عليه الأمر والضمان»[1].

والتكليف بحسب العلم، فالوصي مأمور بفعل الأصلح بحسب علمه، وأما ما لا يعلمه، فإنه لا يكلف فعله؛ لتعذره عليه.

[م-١٧٣٦] وأما في بيع الوصي عقار الموصى عليه، فاختلف العلماء فيها على قولين:

القول الأول:

ذهب الجمهور إلى التفريق بين العقار والمنقول، فيجوز بيع المنقول مطلقًا، ولا يجوز بيع عقار الصغير إلا لحاجة أو غبطة.

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: «وبيع الوصي منقول اليتيم جائز، وليس كالعقار؛ لأنه محفوظ بنفسه . . . وفي الذخيرة: الوصي يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة، ولا يملك بيع عقاره إلا لحاجة»[2].

هذا من حيث الجملة، أما من حيث التفاصيل فإليك النصوص من كتب المذاهب.

ذهب متأخرو الحنفية إلى أن الوصي لا يبيع عقار اليتيم إلا في ثلاث حالات، منها: أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، وبه يفتى[3].

---

(١) الاختيارات (ص١٤٠)، الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٠٠)، وانظر القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية للحصين (١/ ٥٠١).

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٩٥).

(٣) تبيين الحقائق (٦/ ٢١٢)، غمز عيون البصائر (٣/ ٢٥٨)، مجمع الأنهر شرح متلقى =

قال الزيلعي: «وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن قال الصدر الشهيد ﷺ، وبه يفتى»(١).

وزاد ابن نجيم أربعًا زيادة على ما نقل عن الزيلعي، ثلاث منها نقلًا عن الظهيرية، والرابعة من بيوع الخانية.

أحدها: إذا كان في التركة وصية مرسلة لا يمكن تنفيذها إلا منه.

الثانية: إذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته.

الثالثة: إذا كان حانوتًا أو دارًا يخشى عليه النقصان.

والرابعة نقلًا من بيوع الخانية، وهي: إذا كان العقار في يد متغلب، وخاف الوصي عليه، فله بيعه(٢).

هذا فيما يخص مذهب المتأخرين على ما نص عليه الزيلعي، وقد علق ابن نجيم، على نص الزيلعي بأن هذا مذهب المتأخرين، فقال: «ليس فيه تعرض لمذهب المتقدمين صريحًا، لا بنفي، ولا بإثبات، فيحتمل أن المتقدمين يقولون بالمنع مطلقًا، أو بالجواز مطلقًا، وقد صرح في البزازية في الفصل الثامن من كتاب البيوع بأن المتقدمين قائلون بالجواز مطلقًا»(٣).

= الأبحر (٢/ ٧٢٥)، البحر الرائق (٨/ ٥٣٣)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٥١٠)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٥٠)، مجمع الضمانات (ص٤٠٧).

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢١٢).

(٢) انظر غمز عيون البصائر (٣/ ٢٥٨)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٧٢٥).

(٣) غمز عيون البصائر (٣/ ٢٨٥).

ومذهب المالكية كمذهب الحنفية، وإن اختلفوا في عدد الحالات التي يسوغ فيها للوصي بيع عقار اليتيم[(١)].

جاء في المدونة: «قلت: هل يبيع الوصي العقار على اليتامى أم لا؟

قال مالك: لا أحب له أن يبيع إلا أن يكون لذلك وجه، مثل أن يكون الملك يجاوره، فيعطيه الثمن الكثير المرغوب فيه، وقد أضعف له في الثمن أو نحو ذلك، أو يكون ليس فيما يخرج منها ما يحمل اليتيم في نفقة اليتيم، فإذا كان هذا وما أشبهه رأيت للوصي أن يبيع. ويجوز ذلك على اليتيم إن كبر»[(٢)].

وقال القرافي في الذخيرة: «ولا يبيع الوصي العقار إلا لأحد ستة أوجه: الحاجة، والغبطة في الثمن الكثير، أو يبيعه لمن يعود عليه بشيء، أو له شقص في دار لا تحمل القسمة، فدعاه شركاؤه للبيع، أو دار واهية، ولا يكون له ما تقوم به، أوله دار بين أهل الذمة»[(٣)].

قال ابن رشد الجد: «لا يجوز للوصي أن يبيع عقار يتيمه إلا لوجوه معلومة قد حصرها أهل العلم بالعد لها»[(٤)].

وذكر ابن عرفة نقلًا من التاج والإكليل: أن حاصل عدها أحد عشر وجهًا:
أن يكون عليه دين لا قضاء له من غير ثمنه.

---

(١) المدونة (٥/ ٤٨٠)، وانظر البيان والتحصيل (١٠/ ٥٢٣)، الذخيرة (٨/ ٢٤٤)، منح الجليل (٦/ ١٠٩).

(٢) المدونة (٥/ ٤٨٠)، وانظر البيان والتحصيل (١٠/ ٥٢٣).

(٣) الذخيرة (٨/ ٢٤٤).

(٤) البيان والتحصيل (١٠/ ٥٢٣).

أن يحتاج اليتيم إلى النفقة. أن يعرض عليه أكثر من ثمنها، أن يكون العقار خربًا، وليس ثم ما يصلحه به، أن يكون فيه شرك ليعوضه بما لا شرك فيه، أن يطلب الشريك بيع ما لا ينقسم، ولا مال لليتيم يبتاع له به تلك الحصة، استبداله بخير منه؛ لأنه لا يعود بنفع، كونه العقار بين أهل الذمة، فيبيعه، ليشتري له بين المسلمين، كونه مثقلًا بالمغرم، أو يخشى عليه النزول[1].

وإذا باع الوصي العقار لهذه الأسباب فهل يطالب بالبينة؟

قال ابن رشد: «واختلف الشيوخ المتأخرون هل يصدق الوصي فيها أم لا؟

فقيل: إنه يصدق فيها، ولا يلزمه إقامة البينة عليها.

وقيل: إنه لا يصدق فيها، ويلزمه إقامة البينة عليها»[2].

ومنع الشافعية بيع عقار اليتيم إلا لغبطة أو حاجة، وهذا القيد يضبط كل ما ذكره الحنفية والمالكية، فإن غالب الصور التي ذكروها ترجع إلى هذين القيدين[3].

قال الماوردي: «لا يجوز للولي أن يبيع من مال اليتيم عقارًا، أو أرضًا إلا في حالتين: غبطة، أو حاجة، ولا يجوز له فيما سوى هاتين الحالتين أن يبيع ذلك عليه»[4].

---

(١) انظر التاج والإكليل (٥/ ٧١).

(٢) البيان والتحصيل (١٠/ ٥٢٣)، وانظر منح الجليل (٦/ ١٠٩).

(٣) مختصر المزني (ص٨٩)، الحاوي الكبير (٥/ ٣٦٦)، نهاية المطلب (٥/ ٤٦٣)، البيان للعمراني (٦/ ٢١٠)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٨)،.

(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٦٦).

وقال العمراني في البيان: «وإن ملك الصبي عقارا.. لم يبع عليه إلا في موضعين:

أحدهما: أن يكون به حاجة إليه، للنفقة والكسوة، وليس له غيره، ولا تفي غلته بذلك، ولا يجد من يقرضه، فيجوز بيعه.

والثاني: أن يكون له في بيعه غبطة، وهو أن تكون له شركة مع غيره، أو بجوار غيره، فيبذل له الغير بذلك أكثر من قيمته، ويؤخذ له مثل ذلك بأقل مما باع به»(١).

القول الثاني:

العقار كغيره للوصي أن يبيعه بشرطين:

الأول: أن يكون ذلك نظرًا لهم، ولو بلا ضرورة، أو زيادة على ثمن مثله.

الشرط الثاني: أن يكون البيع بثمن المثل، فإن نقص عن ثمن المثل لم يصح. وهذا مذهب الحنابلة(٢).

قال أبو دواد: سمعت أحمد سئل، عن بيع الوصي الدور على الصغار؟ قال: إذا كان نظرًا لهم فهو جائز(٣).

وهذا شرط في كل من تصرف لغيره فإنه على النظر والمصلحة.

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٢١٠).

(٢) كشاف القناع (٣/ ٤٥١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧٧)، الإقناع (٢/ ٢٢٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤١٢).

(٣) مسائل أحمد رواية أبي داود (ص٢١٣).

وجاء في مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج: «قال: أحمد الوصي بمنزلة الأب، يبيع إذا رأى صلاحًا. قال إسحاق: كما قال»[١].

وإذا كان الوصي قائمًا مكان الأب، وللأب بيع الكل عقارًا كان أو منقولًا فالوصي كذلك.

وجاء في الإقناع في فقه الإمام أحمد: «وله - يعني الوصي - بيع عقارهما لمصلحة، ولو لم يحصل زيادة على ثمن مثله.

وأنواع المصلحة كثيرة: إما لاحتياج إلى نفقة، أو كسوة، أو قضاء دين، أو ما لابد منه، وليس له ما تندفع به حاجته، أو يخاف عليه الهلاك بغرق، أو خراب ونحوه، أو يكون في بيعه غبطة: وهي أن يبذل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله، ولا يتقيد بالثلث، أو يكون في مكان لا ينتفع به، أو نفعه قليلًا فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئًا يباع في شرائه غبطة، ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيه لسوء الجوار، أو غيره فيبيعها، ويشتري له بثمنها دارًا يصلح له المقام بها، وأشباه هذا مما لا يحصر»[٢].

وقال في المبدع: «متى كان الحظ في بيعه جاز، وإلا فلا، وهذا اختيار شيخنا، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، وحاصله أنه لا يباع إلا بثمن المثل، فلو نقص منه لم يصح، ذكره في المغني، والشرح»[٣].

---

(١) مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٠٢).

(٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٢٥-٢٢٦).

(٣) المبدع (٤/ ٣٤١).

- الراجح:

مذهب الحنابلة أقرب من قول الجمهور، فالأمر في تصرف الوصي أنه مقيد بالمصلحة، عقارًا كان أو منقولًا، والله أعلم.



الفرع الثاني
بيع الوصي وشراؤه من نفسه

[م-١٧٣٧] اختلف الفقهاء في شراء الوصي مال اليتيم لنفسه، وبيع ماله على اليتيم على قولين:

القول الأول:

إن باع الوصي أو اشترى مال اليتيم من نفسه، فإن كان وصي القاضي لا يجوز مطلقًا، وإن كان وصي الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير، وهذا قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف(١).

وصحح مالك في قول، والحنابلة في إحدى الروايتين بيع الوصي وشراءه لنفسه(٢).

جاء في بدائع الصنائع: «وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير، أو اشترى مال الصغير لنفسه، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر؛ لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر؛ جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف»(٣).

وفي تبيين الحقائق: «إذا اشترى شيئًا من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئًا منه

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٩)، تبيين الحقائق (٦/ ٢١١-٢١٢)، البحر الرائق (٧/ ١٦٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦)، المحيط البرهاني (٧/ ٣٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٩)، البناية شرح الهداية (١٢/ ٥١٠).

(٢) تفسير القرطبي (٣/ ٦٤)، مواهب الجليل (٦/ ٤٠٢)، قواعد ابن رجب (ص١٤٢).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٦).

من نفسه جاز عند أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله، إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، وتفسيره أن يبيع: ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه، وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز . . . هذا في وصي الأب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال؛ لأنه وكيله، وللأب أن يشتري شيئًا من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير، بأن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير»[١].

وقال ابن رجب: «ومنها شراء الوصي من مال اليتيم، وحكمه حكم شراء الوكيل، وفيه روايتان منصوصتان، ولم يذكر ابن أبي موسى فيه سوى المنع»[٢].

وقال ابن قدامة: «الرواية الثانية عن أحمد: يجوز لهما - يعني الوكيل والوصي - أن يشتريا بشرطين:

أحدهما: أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء.

والثاني: أن يتولى النداء غيره.

قال القاضي: يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبًا، ويحتمل أن يكون مستحبًا، والأول أشبه بظاهر كلامه.

وقال أبو الخطاب: الشرط الثاني، أن يولي من يبيع، ويكون هو أحد المشترين»[٣].

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٢١١).

(٢) قواعد ابن رجب (ص١٤٢).

(٣) المغني (٥/ ٦٨).

القول الثاني:

لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الموصى عليهم مطلقًا، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وأظهر الروايتين عن أبي يوسف، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة.

وقال المالكية: لا يفعل، فإن فعل نظر الحاكم فيه، فإن وجد في ذلك مصلحة لليتيم أمضاه، وإلا رده[(١)].

جاء في المدونة: «كره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه. قال مالك: فإذا فعل ذلك نظر السلطان في ذلك، فإن كان خيرا لليتيم أمضاه على الوصي»[(٢)].

وجاء في مسائل أحمد: قال أحمد: الوصي لا يشتري من مال الذي يلي شيئًا[(٣)].

❑ دليل من قال: يجوز إن كان في ذلك نفع لليتيم:

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

---

(١) المدونة (٤/ ٤٢٩)، التهذيب في اختصار المدونة (٣/ ٣٦٤)، مواهب الجليل (٥/ ٧١)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٥)، الخرشي (٨/ ١٩٤)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦١١)، منح الجليل (٩/ ٥٨٨)، الحاوي الكبير (٦/ ٥٣٦)، (٨/ ٣٤٢)، المهذب (١/ ٣٣٠)، البيان للعمراني (٦/ ٢١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦)، مختصر المزني (ص١١١)، المبدع (٤/ ٣٣٧)، المغني (٥/ ٦٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٧٦)، كشاف القناع (٣/ ٤٤٨).

(٢) المدونة (٤/ ٤٢٩).

(٣) مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٢٨٩)، وانظر (٨/ ٤٣٤٠).

فإذا كان البيع والشراء أحسن لليتيم كان الوصي مأذونًا له في قربه.

ولأن ما جاز للأب جاز للوصي؛ لأنه نائب عن الأب وقائم مقامه.

❑ دليل من قال: لا يشتري ولا يبيع لنفسه:

أن الوصي إذا باع واشترى من نفسه كان متهمًا في محاباة نفسه، لأن الإنسان مطبوع على محاباة نفسه، وعقد الوصاية يقتضي أنْ يستقصي لليتيم، والغرضان متنافيان، وقد يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه، وقياسًا على الوكيل، فإن الأصح أن الوكيل لا يبيع ولا يشتري من نفسه، بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل؛ لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير، والوصي يتهم في ذلك، وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه، فكان أولى بالمنع.

❑ الراجح:

القول بالمنع خاصة في هذه الأزمان حيث قلت الأمانة في الناس، وكثر أكل أموال الناس بالباطل، والله أعلم.

المبحث الحادي عشر
في أخذ الوصي أجرة على عمله

[م-١٧٣٨] إذا أوصى الرجل، ولم يعين للوصي شيئًا، فهل له أن يأخذ على قدر عمله؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن الوصي إما أن يكون وصي الميت، أو يكون وصي القاضي، والأول لا أجر له على الصحيح، والثاني له أجر المثل، فإن جعل القاضي له أكثر من أجر المثل رد الزائد(١).

القول الثاني: مذهب المالكية:

للقاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره إذا كان ذلك سدادًا للأيتام(٢).

وظاهره من غير فرق بين أن يكون وصيًا من الأب، أو من قبل القاضي.

جاء في منح الجليل نقلًا من نوازل ابن الحاج: «للقاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره»(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٢-٧١٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣١٦)، مجمع الضمانات (ص٣٩٨)،

(٢) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (٢/ ٣٦٧)، منح الجليل (٩/ ٥٨٨)، التاج والإكليل (٦/ ٣٩٩).

(٣) منح الجليل (٩/ ٥٨٨).

القول الثالث: مذهب الشافعية:

أن الوصي إما أن يكون أجنبيًا أو يكون أبا أو جدًا أو أمًا.

فإن كان أجنبيًا فله أن يأخذ من مال الطفل قدر أجرة عمله، فإن كانت لا تكفيه أخذ قدر كفايته بشرط الضمان.

وإن كان أبا أو جدًا أو أمًا، فإن كان غنيًا لم يأخذ شيئًا، وإن كان فقيرًا، وشغله ذلك عن التكسب لنفسه كانت نفقته على الطفل بالمعروف، ولا يحتاج إلى إذن حاكم، وهل عليه ضمان ما أكله من مال اليتيم إذا أيسر، قولان في مذهب الشافعية، أصحهما لا ضمان عليه؛ لأن الله تعالى أباح الأكل، ولم يوجب الضمان؛ ولأن ذلك استحقه بحاجته وعمله في ماله، فلم يلزم رد بدله[1].

لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

وللماوردي تفصيل في أجرة الوصي من أحسن ما قيل في أجرة الوصي، فقد قسم الوصي إلى قسمين: إما أن يكون متبرعًا وإما أن يكون ذلك بجعل.

فإن تطوع فهو تبرع محض، وإن كان عمله بجعل، فإما أن يكون ذلك بعقد، أو بغير عقد.

فإن كان بعقد فهي إجارة لازمة، ليس له الرجوع عنها، وإن ضعف عنها، استأجر عليه من ماله من يقوم مقامه فيما ضعف عنه.

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٧٨)، حواشي الشرواني (٧/ ٩٤)، تحفة المحتاج (٧/ ٩٤)، البيان للعمراني (٦/ ٢١٧)، فتاوى ابن الصلاح (ص٢٩٥).

وإن كان بغير عقد فهي جعالة، ثم هي ضربان: معينة، وغير معينة.

فإن كانت معينة: كأنه قال: إن قام زيد بوصيتي له مائة درهم، فإن قام بها غير زيد، فلا شيء له.

وإن كانت غير معينة: كقوله: من قام بوصيتي هذه فله مائة درهم: فأي الناس قام بها، وهو من أهلها، فله المائة.

فإن قام بها جماعة: كانت المائة بينهم.

وإن كان عمله بجعل لم يخل الوصي من أحد أمرين.

إما أن يكون وصيًا في كل المال، أو في بعضه.

فإن كان وصيًا في جميع المال لم يخل حال ما جعله له من الأجرة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجعل أجره من رأس المال.

والثاني: أن يجعل أجره من الثلث.

والثالث: أن يطلق.

فإن جعله من رأس ماله، نظر: فإن لم يكن في الأجرة محاباة، كانت من رأس ماله، وإن كانت فيها محاباة: كانت أجرة المثل من رأس المال، وما زاد عليها من المحاباة تكون في الثلث.

وإن جعل أجرته من الثلث، كانت في ثلثه، فإن لم يكن في الأجرة محاباة، وعجز الثلث عنها: تممت له الأجرة من رأس المال.

وإن كان في أجرة هذا الوصي محاباة، كانت له أجرة المثل من الثلث فإن

عجز الثلث عنها تممت له من رأس المال، وكانت المحاباة وصية يضارب بها مع أهل الوصايا ويسقط منها ما عجز الثلث عنه.

وإن أطلق أجرة الوصي ولم يجعلها من رأس ماله ولا من ثلثه: فهي من رأس ماله، إن لم يكن فيها محاباة، وإن كان في الأجرة محاباة كان قدر أجرة المثل من رأس المال، وكانت قدر المحاباة في الثلث.

وإن كان وصيًا في بعض ماله، ولم يكن فيها محاباة نظر: فإن كان وصيًا في تأدية حقوق، فأجرته من رأس المال.

وإن كان وصيًا في تفريق ثلث، فأجرته مقدمة في الثلث، وإن كان وصيًا على يتيم، فأجرته في مال اليتيم.

هذا ملخص ما ذكره الماوردي في الحاوي[١].

القول الرابع: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أنه إن فرض الموصي أو الحاكم شيئًا للوصي جاز له أخذه، ولو كان غنيًا.

وإن لم يُفرَض له شيء فالصحيح من المذهب أن له أن يأكل بقدر الأقل من أجرة مثله، أو قدر كفايته، ومحل ذلك في غير الأب، فأما الأب فيجوز له الأكل مع الحاجة وعدمها بجهة التملك، ولا يلزمه عوضه[٢].

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٣٥٠).

(٢) المغني (٦/ ١٤٦)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٧)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٤)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٩)، المبدع (٦/ ١٠٤)، القواعد لابن رجب (ص١٤٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٧٩).

جاء في الإقناع: «وللولي المحتاج غير الحاكم وأمينه أن يأكل من مال المولي عليه الأقل من أجرة مثله، أو قدر كفايته، ولو لم يقدره حاكم، ولا يلزمه عوضه إذا أيسر، وإن كان غنيًا لم يجز له ذلك إذا لم يكن أبًا، فإن فرض للولي الحاكم شيئًا جاز له أخذه مجانًا ولو مع غناه»[(١)].

وقال ابن قدامة: «ويجوز أن يجعل للوصي جعلًا؛ لأنها بمنزلة الوكالة، والوكالة تجوز بجعل، فكذلك الوصية. وقد نقل إسحاق بن إبراهيم، في الرجل يوصي إلى الرجل، ويجعل له دراهم مسماة، فلا بأس»[(٢)].

وجاء في الإنصاف: «الصحيح من المذهب: أنه لا يأكل من مال المولى عليه إلا مع فقره وحاجته، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم . . . ومحل الخلاف أيضا: إذا لم يفرض له الحاكم، فإن فرض له الحاكم شيئًا: جاز له أخذه مجانًا مع غناه بغير خلاف»[(٣)].

وتكلم ابن رجب في الأكل من الأموال بغير إذن مستحقيها في قواعده، فجاء على ذكر أكل الولي، فقال: «إن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الأكل منه أيضا بقدر عمله.

ويتخرج على ذلك صور: منها ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله، وهل يرده إذا أيسر؟ على روايتين:

ولو فرض له الحاكم شيئًا جاز له أخذه مجانًا بغير خلاف، هذا ظاهر كلام

---

(١) الإقناع (٢/٢٢٨).

(٢) المغني (٦/١٤٦).

(٣) الإنصاف (٥/٣٣٩).

القاضي ونص عليه أحمد في (رواية البرزاطي) في الأم الحاضنة أنها لا تأكل من مال ولدها إلا لضرورة إلا أن يفرض لها الحاكم في المال حق الحضانة.

ووجهه: أن من أعطاه غيره فله الأخذ مع الغنى بخلاف الأخذ بنفسه، ولهذا أجاز للوصي الأخذ إذا شرط له الأب مع غناه، وجاز للولي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه، ولم يجز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ، ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطي له هو الإمام . . .»[(١)].

☐ الراجح:

أن من يقوم على الصغير إما أن يكون أجنبيًا فله أجر عمله ما لم يكن متبرعًا؛ لأنه لا يلزم أحد أن يتبرع بعمله بدون مقابل، وإن كان وليًا من أب أو جد فإن كان غنيًا فإنه مأمور بالاستعفاف، وإن كان فقيرًا فإنه يأكل بالمعروف، والله أعلم[(٢)].



(١) القواعد (ص١٤٥).

(٢) البيان للعمراني (٦/ ٢١٧)، تحفة المحتاج (٥/ ١٨٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٣٨٠)، فتاوى ابن الصلاح (ص٢٩٥)، المبدع (٤/ ٣٤٥)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٥).

الفصل السابع
في تعدد الأوصياء

المبحث الأول
إذا أوصى إلى أكثر من شخص وأطلق الوصية

[م-١٧٣٩] إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخر، فإن نص على أنه قد عزل الأول، فالثاني هو الوصي وحده، وإن لم ينص على ذلك، وكان الإيصاء مطلقًا من غير تخصيص أو تقييد، بالانفرد أو بالاجتماع، فهما وصيان؛ لأن الوصية الثانية ليست عزلًا للأول، وهل ينفرد أحدهما بالتصرف، في ذلك خلاف بين العلماء:

القول الأول:

لا ينفرد أحدهما بالتصرف، وهذا مذهب أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن، ومذهب المالكية، والحنابلة[1].

---

(١) العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٤٨)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٢٣)، الفتاوى الهندية (٢/ ٤٠٩)، منح الجليل (٩/ ٥٨٤)، شرح الخرشي (٨/ ١٩٣)، الشرح الكبير للدرير (٤/ ٤٥٣)، فتاوى السبكي (٢/ ٢٥٩)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٦-٣٣٧)، مغني المحتاج (٣/ ٧٧)، نهاية المطلب (١١/ ٣٥٧)، البيان للعمراني (٨/ ٣٠٦)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٨)، ، أسنى المطالب (٣/ ٧١)، مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٦٠)، الفروع (٤/ ٧٠٩)، المغني (٦/ ١٤٢)، المقنع (٢/ ٣٩٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٥٢١)، الإنصاف (٧/ ٢٨٩).

قال ابن عابدين نقلًا عن التتارخانية: «أوصى إلى رجل، ومكث زمانًا، فأوصى إلى آخر، فهما وصيان في كل وصاياه، سواء تذكر إيصاءه إلى الأول، أو نسي؛ لأن الوصي عندنا لا ينعزل ما لم يعزله الموصي، حتى لو كان بين وصيتيه مدة سنة أو أكثر لا ينعزل الأول عن الوصاية»(١).

وجاء في منح الجليل: «لو أوصى إلى أحدهما أولًا، ثم أوصى إلى الآخر ثانيًا، كقولها، فمن أوصى بشيء معين لزيد، ثم أوصى به لعمرو أنه بينهما»(٢).

وقال الدردير: «وإن أوصى لاثنين بلفظ واحد كجعلتكما وصيين، أو بلفظين في زمن واحد، أو زمنين من غير تقيد باجتماع أو افتراق حمل على قصد التعاون فلا يستقل أحدهما ببيع، أو شراء، أو نكاح، أو غير ذلك بدون صاحبه إلا بتوكيل منه»(٣).

وقال النووي: «قال: أوصيت إلى زيد، ثم قال: أوصيت إلى عمرو، لم يكن عزلًا لزيد، ثم إن قبلا، فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف على الصحيح، وبه قطع المتولي»(٤).

وجاء في مسائل أحمد وإسحاق: «قال سفيان: إذا أوصى اليوم إلى رجل، وغدًا إلى رجل، ثم أوصى إلى رجل، هم أوصياء كلهم.

قال أحمد: هم أوصياء حتى يقول قد أخرجت فلانًا.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٢٣).

(٢) منح الجليل (٩/ ٥٨٤).

(٣) الشرح الكبير (٤/ ٤٥٣).

(٤) روضة الطالبين (٦/ ٣١٨).

قال إسحاق: هو كما قال، إلا أن يكون هناك دلالة بإخراج الأول والثاني»[١].

❑ وجه هذا القول:

أنه إذا أوصى إلى شخص، ثم أوصى إلى شخص آخر فقد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما، فكانا وصيين، كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة، ولأن الوصي لا ينعزل إلا بالنص على عزله، ولم يوجد.

واستثنى الحنفية والشافعية بعض التصرفات فأجازوا لكل واحد الانفراد بها للضرورة.

وقد مثل الحنفية بذلك: بشراء كفن للميت، وتجهيزه، ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت، ومثله طعام الصغار وكسوتهم، لأن في تأخير ذلك ضررًا على الصغار، وكذلك في رد الوديعة بعينها، وقضاء دين، وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، لعدم الاحتياج إلى الرأي، وكذلك الخصومة في حقوق الميت؛ لأنهما لا يجتمعان عليه عادة، ولو اجتمعا لا يتكلم إلا أحدهما غالبًا، ومثل ذلك بيع ما يخاف تلفه، وجمع أموال ضائعة؛ لأن هذا ضرورة[٢].

ومثل الشافعية بما قاله النووي، جاء في الروضة: «إذا أوصى إلى اثنين، فإن كانت في رد الودائع أو الغصوب والعواري وتنفيذ الوصية المعينة وقضاء الدين الذي في التركة من جنسه، فلكل منهما الانفراد به؛ لأن صاحب الحق مستقل في هذه الصور بالأخذ»[٣].

---

(١) مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (٨/ ٤٣٦٠).

(٢) انظر فتح القدير (١٠/ ٥٠٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٤٨).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ٣١٧)، وانظر البيان للعمراني (٨/ ٣٠٧).

القول الثاني:

إن أوصى إلى كل واحد منهما بالانفراد كان له أن يتصرف دون الآخر، وإن أوصى إليهما معًا لم ينفرد أحدهما بالتصرف، وهذا اختيار بعض الحنفية[١].

❑ **وجه هذا القول:**

أن الموصي لما لم يوص إليهما معًا كان لكل واحد منهما أن يتصرف مستقلًا عن الآخر، فالموصي قد فوض لكل واحد منهما التصرف على وجه الاستقلال عن الآخر، ولم يشترط الموصي اتفاقهما على التصرف، والأصل عدم الاشتراط.

القول الثالث:

وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف مطلقًا في جميع الأشياء؛ لأن الولاية وصف شرعي لا تتجزأ، وبه قال البغوي من الشافعية[٢].

❑ **الراجح:**

أن الموصي إذا أوصى إلى أكثر من شخص، وكانت الوصية مطلقة، بحيث لم يخص أحدهما بتصرف خاص كما لو أوصى له بقضاء دين، أو رد وديعة، بل أطلق لكل وحد الوصية، كان التصرف لهما على سبيل الاجتماع والاتفاق، ولم ينفرد أحدهما بالتصرف؛ لأن الموصي أراد من الإيصاء إلى أكثر من شخص ألا ينفرد أحدهما دون الآخر، والله أعلم.

---

(١) الجوهرة النيرة (٢/ ٢٩٢).

(٢) العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٢)، فتح القدير (١٠/ ٥٠٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٨).

المبحث الثاني
إذا أوصى إلى اثنين وقيد الوصية

نفوذ التصرف منوط بالإذن.

[م-١٧٤٠] إذا أوصى إلى شخص، ثم أوصى إلى آخر، وقيد الوصية بأن خص أحدهما بالوصية في شيء معين، كالوصية رعاية أولاده، وخص الآخر بالوصية في قضاء دينه، فهل يصير وصيًا في ذلك الشيء المعين، أو يتعداه إلى غير ما أوصى به؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا أوصى إلى رجلين، أحدهما في الدين، والآخر في العين، يكون كل منهما وصيًا في العين والدين(١).

وكذا إذا أوصى إلى رجل بشيء معين، كما لو أوصى إلى شخص بالنظر في ماله صار وصيًا في ماله وولده، وسائر أسبابه؛ لأن الوصاية لا تقبل التخصيص بنوع، أو مكان، أو زمان، بل تعم.

وإن أوصى إليه القاضي صار وصيًا في ذلك الشيء خاصة، فهي تقبل التخصيص، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف(٢).

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٧).

(٢) منحة الخالق حاشية على البحر الرائق لابن عابدين (٧/ ٤٩)، البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، المبسوط (٢٨/ ٢٦)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٧)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٣٩)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٠، ٧٢٣).

ونقل ابن العربي المالكي في بعض كتبه الخلافية كقول أبي حنيفة[١].

القول الثاني:

إذا أوصى إليه بشيء بعينه لم يكن وصيًا في غيره، فلو أوصى لشخص بالنظر في المال، وأوصى لآخر بقضاء الدين واقتضائه، أو رد الودائع واستردادها، كان لكل واحد منهما ما جعل إليه دون غيره.

وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلا أن المالكية قالوا: لو أوصى له على بيع تركته، وقبض ديونه، فزوج بناته ممن لا تجبر على الزواج بإذنهن، فإن ذلك لا يجوز ابتداء، وإن وقع صح، وإن زوج من تجبر فإنه يفسخ أبدًا[٢].

وقد تكلمت على أدلة هذه المسألة، وبيان الراجح في مسألة الوصية المطلقة والمقيدة فأغنى ذلك عن إعادتها.

(١) منح الجليل (٩/ ٥٧٧).

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦٠٣)، الخرشي (٨/ ١٩١)، منح الجليل (٩/ ٥٧٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٣٥)، تحفة المحتاج (٧/ ٩١)، أسنى المطالب (٣/ ٧٠)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٩٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٤)، المغني (٦/ ١٤٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٩٥)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٨-٣٩٩).

الفصل الثامن
في اختلاف الوصي والموصى عليه

المبحث الأول
في الاختلاف في مقدار النفقة

[م-١٧٤١] إذا اختلف الوصي والموصى عليه في أصل النفقة، كأن يقول الوصي: أنفقت عليك، ويقول الموصى عليه: لم تنفق علي. أو اختلفا في قدرها، كأن يقول الوصي: أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار، فيقول الموصى عليه: بل خمسين، فالقول قول الوصي في الجملة عند عامة الفقهاء؛ لأنه أمين، ولأن الإشهاد على النفقة فيه مشقة، إلا أن الفقهاء يختلفون في وضع بعض الشروط لقبول قول الوصي.

وإليك بيان هذه الشروط في كل مذهب:

القول الأول: مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن كل شيء كان الوصي مسلطًا عليه فإنه يقبل قوله، ولا يطالب ببينة، ومن ذلك ما يدعيه من الإنفاق إذا كان ذلك في نفقة مثله، وهي عندهم ما يكون بين الإسراف والتقتير، فإن ادعى أكثر من نفقة المثل لم يقبل إلا أن يفسر دعواه بتفسير محتمل، كأن يدعي أنه اشترى لهم نفقة، فسرقت، ثم اشترى أخرى فهلكت، فإذا فسر ذلك قبل بيمينه، لأنه أمين، ولو كلف البينة على النفقة لشق عليه، إلا في مسائل سنذكرها إن شاء الله تعالى.

وهل يقبل قوله مع يمينه، أو لا يطالب باليمين، قولان في مذهب الحنفية[١].

جاء في الفتاوى الهندية: «قال محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الوصي لليتيم: أنفقت مالك عليك في كذا وكذا سنة، فإنه يصدق في نفقة مثله في تلك المدة، ولا يصدق في الفضل على نفقة مثله، ثم نفقة المثل: ما يكون بين الإسراف والتقتير، كذا في المحيط»[٢].

وقال ابن عابدين: «إذا ادعى الزائد على نفقة المثل إنما لا يصدق إذا لم يفسر دعواه بتفسير محتمل كقوله: اشتريت طعامًا فسرق، ثم اشتريت ثانيًا وثالثًا، فيصدق بيمينه لأنه أمين»[٣].

---

(١) اختلف الحنفية في لزوم اليمين للوصي في مقدار النفقة:
جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٩): «إن قال: أنفقت عليك مالك في صغرك، والنفقة نفقة مثله في المدة، وأنكر الصغير، صدق الوصي بيمينه».
وجاء في غمز عيون البصائر للحموي (٢/ ٣٢٧) «فهو مصدق في ذلك كله مع اليمين. قال برهان الدين صاحب المحيط: إلا أن مشايخنا كانوا يقولون: لا يستحسن أن يحلف الوصي إذا لم يظهر منه خيانة».
وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية نقلًا عن الحاوي الزاهدي من كتاب أدب القاضي (١/ ٢٠١): «أن الوصي بالنفقة على اليتيم، أو القيم على الوقف، ومال الصبي، والوقف في يده أو نحو ذلك من الأمناء، بمثل ما يكون في ذلك الباب قبل قوله بلا يمين إذا كان ثقة؛ لأن في اليمين تنفير الناس عن الوصاية، فإن اتهم قيل يستحلف بالله ما كنت خنت في شيء مما أخذت به إلخ».
وقال الحموي في غمز عيون البصائر (٣/ ٢٦٢) «واعلم أن مسألة قبول قول الوصي بلا بينة في دعوى الإنفاق هي إحدى المسائل العشر التي يقبل فيها القول بلا يمين، وتقدمت في القضاء».

(٢) الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٥).

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٩٠).

قال أيضًا نقلًا من الأصل: «إذا ادعى نفقة المثل، أو أزيد بيسير وإلا فلا يصدق ويضمن، ما لم يفسر دعواه بتفسير محتمل، كقوله: اشتريت لهم طعامًا فسرق، ثم اشتريت ثانيًا، وثالثًا، فهلك، فيصدق بيمينه؛ لأنه أمين»(١).

وقال ابن عابدين: «إن كان تصرفًا هو مسلط على ذلك من جهة الشرع، فإنه يصدق فيه، ويقبل قوله بيمينه، وإن كان تصرفًا لم يكن هو مسلطا عليه من جهة الشرع، فإنه لا يصدق فيه، ولا يقبل قوله بدون البينة، فإن قال أنفقت عليك مالك في صغرك، والنفقة نفقة مثله في المدة، وأنكر الصغير، صدق الوصي بيمينه؛ لأنه مسلط على الإنفاق بنفقة المثل شرعًا، أما لو لم تكن النفقة نفقة المثل، وكان زائدًا عليه بكثير، لا يصدق في الفضل؛ لأنه ليس بمسلط عليه شرعًا؛ لأنه إسراف فلا يصدق بيمينه»(٢).

وجاء في مجمع الضمانات: «والحاصل: أن الوصي يقبل قوله فيما يدعيه إلا في مسائل:

الأولى: ادعى قضاء دين الميت.

الثانية: ادعى أن اليتيم استهلك مالًا لآخر فدفع ضمانه.

الثالثة: ادعى أنه أدى جعل عبده الآبق من غير إجارة.

الرابعة: ادعى أنه أدى خراج أرضه في وقت لا تصلح للزراعة.

الخامسة: ادعى الإنفاق على محرم اليتيم.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٩).

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٨٩).

السادسة: ادعى أنه أذن لليتيم في التجارة، وأنه ركبه ديون فقضاها عنه.

السابعة: ادعى الإنفاق عليه من مال نفسه حال غيبة ماله، وأراد الرجوع.

الثامنة: ادعى الإنفاق على رقيقه الذين ماتوا.

التاسعة: اتجر، وربح، ثم ادعى أنه كان مضاربًا.

العاشرة: ادعى فداء عبده الجاني.

الحادية عشر: ادعى قضاء دين الميت من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها

الثانية عشر: ادعى أنه زوج اليتيم امرأة، ودفع مهرها من ماله، وهي ميتة.

وذكر ضابطًا - يعني العتابي في الوصايا. وهو: أن كل شيء كان مسلطًا عليه فإنه يصدق فيه وما لا فلا من الأشباه والنظائر»(١).

القول الثاني: مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلا أن القول قول الوصي بيمينه؛ لأنه أمين بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الأيتام في حجره (حضانته) فإن كان يليهم غيره مثل أمهم، أو أخيهم أو غير هؤلاء، لم يقبل قوله.

الثاني: أن يأتي بما يشبه، فإن أتى بأمر مستنكر أو بسرف من النفقة لم يقبل قوله.

الثالث: أن يحلف على ما يدعيه(٢).

---

(١) مجمع الضمانات (ص٣٩٩-٤٠٠)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٩).

(٢) المدونة (٦/ ٢٥)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٦)، الذخيرة (٧/ ١٨٠)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦١١)، الخرشي (٨/ ١٩٥)، الشرح الكبير (٤/ ٤٥٦).

قال الدسوقي في حاشيته: «القول قول الوصي بالشروط الثلاثة المذكورة، وهي كون المحجور في حضانته، وأن يشبه فيما يدعيه، ويحلف»[١].

جاء في المدونة: «إن قال: قد أنفقت عليهم، وهم صغار، فإن كانوا في حجره يليهم، كان القول قوله ما لم يأت بأمر يستنكر، أو بسرف من النفقة، وإن كان يليهم غيره، مثل أمهم، أو أخيهم، أو غير هؤلاء، ثم قال: قد دفعت النفقة إلى من يليهم، أو أنفقت عليهم فأنكروا، لم يقبل قوله إلا ببينة يأتي بها وإلا غرم»[٢].

وقال القرافي: «ويصدق في الإنفاق على من كان في حجره فيما يشبه؛ لأنه أمين عليه، فإن ولي النفقة غيره لم يصدق في دفع النفقة إلى من يليهم إلا ببينة؛ لأنه ليس أمينًا على الحاضن.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا طال الزمان بعد الرشد نحو عشرين سنة، وهم مقيمون معه، لا يطالبونه، ولا يسألونه عن شيء صدق مع يمينه؛ لأن العادة تصدقه، قال محمد فإن كانوا عند غيره، أو هم أغنياء، ورئي ينفق عليهم صدق في الزيادة اليسيرة دون السرف مع يمينه، فإن ادعى سرفًا حسب منه السداد، كما لو شهدت بالسرف بينة»[٣].

القول الثالث: مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن الوصي يصدق بيمينه في أصل النفقة، وفي مقدارها إذا

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٦).

(٢) المدونة (٦/ ٢٥).

(٣) الذخيرة (٧/ ١٨٠).

كان ما يدعيه الوصي هي النفقة بالمعروف، فإن ادعى زيادة في النفقة اللائقة فعليه الضمان؛ لأنه فرط في الزيادة[١].

واختلف الشافعية في إحلاف الأب والجد على وجهين:

أحدهما: يحلف كالأجنبي؛ لأنهما يستويان في حقوق الأموال.

الثاني: لا يحلف؛ لأنه يفارق الأجنبي في نفي التهمة، وكثرة الإشفاق عليه.

ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية، في أن القول قول الولي بيمينه إلا أن يكون الولي هو الحاكم فلا يحلف على الصحيح من المذهب، ما لم يدع ما يخالف العادة أو العرف فلا يقبل[٢].

جاء في المهذب: «إذا بلغ الصبي، واختلف هو والوصي في النفقة، فقال الوصي: أنفقت عليك. وقال الصبي: لم تنفق علي، فالقول قول الوصي؛ لأنه أمين، وتعذر عليه إقامة البينة على النفقة.

فإن اختلفا في قدر النفقة، قال: أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار، وقال الصبي: بل أنفقت علي خمسين دينارًا، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله؛ لأنه أمين، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف، فعليه الضمان؛ لأنه فرط في الزيادة»[٣].

---

(١) الوسيط (٤/ ٤٩٢)، مغني المحتاج (٣/ ٧٨)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٤٥-٣٤٦)، البيان للعمراني (٨/ ٣١٤)، أسنى المطالب (٣/ ٧٢).

(٢) الإنصاف (٥/ ٣٤١، ٣٤٢)، المبدع (٤/ ٣٤٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤١٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٠)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٦).

(٣) المهذب (١/ ٤٦٤).

وقال الماوردي: «إن اختلف هو والولي بعد بلوغه في قدر النفقة، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يختلفا في قدر النفقة مع اتفاقهما على المدة، كأنه قال: أنفقت عليك عشر سنين في كل سنة مائة دينار، فقال: أنفقت علي عشر سنين في كل سنة خمسون دينارًا.

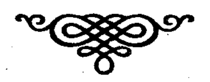
فالقول فيه، قول الولي، إذا لم يكن ما ادعاه سرفًا، فإن كان الولي وصيًا، أو أمين حاكم: فله إحلافه على ما ادعاه.

وإن كان أبًا، أو جدًا، ففي إحلافه له وجهان:

أحدهما: يحلف، كالأجنبي؛ لأنهما يستويان في حقوق الأموال.

والوجه الثاني: لا يحلف؛ لأنه يفارق الأجنبي في نفي التهمة عنه، وكثرة الإشفاق عليه»[1].

وقال في الإنصاف: «يقبل قول الأب، والوصي، والحاكم، وأمينه، وحاضن الطفل، وقيمه، حال الحجر وبعده، في النفقة، وقدرها، وجوازها، ووجود الضرورة، والغبطة، والمصلحة في البيع، والتلف»[2].



(١) الحاوي الكبير (٨/ ٣٤٦).

(٢) الإنصاف (٥/ ٣٤٢).



المبحث الثاني
الاختلاف في مدة النفقة

[م-١٧٤٢] إذا اختلف الوصي مع الموصى عليه في مدة النفقة، كأن يقول الوصي: أنفقت عليك سنتين، فيقول الموصى عليه: بل سنة.

أو اختلفا في تاريخ موت الموصي، كأن يقول الوصي: مات قبل سنتين، فيقول الموصى عليه: بل قبل سنة، فمن يقبل قوله؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن القول قول الموصى عليه، وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية، ومذهب المالكية، وأصح الوجهين عند الشافعية، ومذهب الحنابلة(١).

جاء في الفتاوى الهندية: «وإذا اختلفا في المدة، فقال الوصي: مات أبوك منذ عشر سنين، قال اليتيم: مات أبي منذ خمس سنين، ذكر في الكتاب أن القول قول الابن. واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: المذكور في الكتاب قول محمد رحمه الله تعالى،

---

(١) مجمع الضمانات (ص٣٩٧)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧١٩، ٧٢٠)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٦١١)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٦)، الذخيرة (٧/ ١٨١)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٣/ ١٢٣٨)، البيان للعمراني (٨/ ٣١٤)، مغني المحتاج (٣/ ٧٨)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٤٦)، أسنى المطالب (٣/ ٧٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٥٢٣)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٦)، المبدع (٤/ ٣٤٦).

أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول الوصي، كذا في فتاوى قاضي خان»[١].

قال ابن شاس المالكي: «وإن نازعه في تاريخ موت الأب؛ إذ به تكثر النفقة... فالقول قول الصبي؛ إذ الأصل عدم ما ادعاه الوصي، وإقامة البينة عليه ممكن مأمور به، فلم يقبل قوله فيه»[٢].

وقال الدسوقي في حاشيته: «إنما لم يقبل قول الوصي في تاريخ الموت، وإن كان يرجع لقلة النفقة وكثرتها؛ لأن الأمانة التي أوجبت صدقه لم تتناول الزمان المتنازع فيه»[٣].

قال الشيرازي: «وإن اختلفا في المدة، فقال الوصي: أنفقت عشر سنين، وقال الصبي: خمس سنين، ففيه وجهان:

الثاني: وهو قول أكثر أصحابنا، أن القول قول الصبي؛ لأنه اختلاف في مدة الأصل عدمها»[٤].

وقال ابن قدامة: «وإن قال: أنفقت عليك منذ سنتين، فقال الصبي: ما مات أبي إلا من سنة، فالقول قول الصبي؛ لأنه لم يثبت كون الوصي أمينًا في السنة المختلف فيها، والأصل عدم ذلك»[٥].

---

(١) الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٥).

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٣٨)، وانظر الذخيرة (٧/ ١٨١).

(٣) حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٦).

(٤) المهذب (١/ ٤٦٤).

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٥٢٣).

❑ وجه الفرق بين الاختلاف في النفقة والاختلاف في المدة:

إذا اختلفا في النفقة فالقول قول الوصي، وإن اختلفا في مدة الإنفاق فالقول قول الموصى عليه، والفرق بينهما: أنهما في القدر مختلفان في المال، فقبل منه قول الوصي؛ لأنه مؤتمن عليه. وفي المدة مختلفان في الموت الذي يعقبه نظر الوصي، فلم يقبل قولي الوصي؛ لأنه غير مؤتمن عليه، ولم يسلط عليه، مع أننا على يقين من حدوث الموت في شك من تقدمه، فلذلك افترق الحكم فيهما[١].

القول الثاني:

اختار أبو يوسف من الحنفية وأبو سعيد الإصطرخي من الشافعية أن الوصي إذا اختلف مع الموصى عليه في مدة الإنفاق فإن القول قول الوصي؛ لأن الخلاف فيها يرجع إلى الاختلاف في قدر النفقة، وهو مؤتمن على ذلك[٢].

❑ الراجح:

أرى أن قول أبي يوسف والإصطرخي فيه قوة، وأن الأمانة لا تتجزأ، فإذا كان يقبل قوله في مقدار النفقة فكذلك يقبل قوله في مدتها.

ولأن الاختلاف في المدة يتضمن الاختلاف في المال فكان مما ائتمن عليه، والله أعلم.



(١) انظر الحاوي الكبير (٨/ ٣٤٦).

(٢) مجمع الضمانات (ص٣٩٧)، الفتاوى الهندية (٦/ ١٥٥)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٤٦).



المبحث الثالث
في الاختلاف في دفع المال

[م-١٧٤٣] إذا اختلف الوصي والموصى عليه في دفع المال، فادعى الوصي أنه دفع إليه ماله، وادعى الموصى عليه خلاف ذلك، فمن القول قوله؟

اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول:

أن القول قول الصبي (الموصى عليه)، وهذا مذهب المالكية والشافعية، إلا أن الشافعية قالوا: يقبل قوله مع يمينه[1].

جاء في التاج والإكليل: «قال مالك: لا يقبل قول الوصي في دفع المال لليتيم بغير إشهاد، ويقبل قوله في النفقة.

قال عبد الوهاب: وفي الجميع هو مدع لإخراج المال عن ذمته»[2].

وجاء في البيان في مذهب الإمام الشافعي: «وإن ادعى الوصي أنه دفع إليه ماله بعد البلوغ وأنكر الموصى عليه، ففيه وجهان:

أحدهما، وهو المنصوص: أن القول قول الموصى عليه؛ لأنه لم يأتمنه على

---

(١) المدونة (٦/ ٢٥)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٣٨)، التاج والإكليل (٦/ ٤٠٥)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٦)، أحكام القرآن للشافعي (١/ ١٥٢)، أسنى المطالب (٣/ ٧٢)، الحاوي الكبير (٦/ ٥٢٦)، المهذب (١/ ٤٦٤)، الوسيط (٤/ ٤٩٢).

(٢) التاج والإكليل (٦/ ٤٠٥).

المال، فلم يقبل قوله عليه، كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع، والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها»[١].

❑ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

قال تعالى ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦].

وقال في غير الأوصياء: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الاستشهاد:

فأمر ﷻ الأوصياء بالإشهاد إذا دفع المال إلى اليتيم؛ لئلا يغرموا، فلو كان القول قوله لما احتاج إلى الإشهاد، ولم يأمر بالإشهاد عند دفع الأمانات إلى من ائتمنه؛ لأن القول قوله.

ونوقش هذا:

بأن الأمر بالإشهاد لئلا يطلب منه اليمين، فإذا أشهد كان معه بينة في دفع المال إليه، فسقط عنه اليمين، وليس في الأمر بالإشهاد دليل على أنه غير أمين، ولا أنه غير مصدق فيه، لاتفاق الجميع على أنه مأمور بحفظه وإمساكه على وجه الأمانة حتى يوصله إلى اليتيم في وقت استحقاقه، فهو بمنزلة الودائع والمضاربات وما جرى مجراها من الأمانات، فوجب أن يكون مصدقًا على الرد كما يصدق على رد الوديعة، والدليل على أنه أمانة، أن اليتيم لو صدقه على

---

(١) البيان للعمراني (٨/ ٣١٤).

الهلاك لم يضمنه كما أن المودع إذا صدق المودع في هلاك الوديعة لم يضمنه[١].

الدليل الثاني:

أن الوصي وإن كان أمينًا فإنه أمين للموصي، وليس أمينًا من جهة الموصى عليه، والدفع يتعلق بالموصى عليه، وليس لمن ائتمنه، يدل على ذلك أن الوصي لو مات وانتقل المال إلى الوارث لم يقبل قول الوارث بدفع المال؛ لأنه لم يأتمنه أحد، لا الموصي، ولا الموصى عليه.

القول الثاني:

أن القول قول الوصي، وهذا قول الحنفية، وزفر والحسن بن زياد، وقول في مذهب المالكية مقابل المشهور[٢].

جاء في أحكام القرآن للجصاص: «قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، والحسن بن زياد، في الوصي إذا ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه قد دفع المال إليه إنه يصدق»[٣].

وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: «إذا دفع الوصي مال اليتيم له بعد بلوغه رشده، ومضت مدة، والآن ينكر الدفع، والوصي يدعيه، فهل يقبل قوله في الدفع مع يمينه؟

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٠١).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٠١)، تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٩٠)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦١٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٦).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٠١).

الجواب: نعم، والمسألة في الخيرية من الوصايا، وصرح بها في السراج الوهاج وغيره، والله تعالى أعلم»[(١)].

القول الثالث:

يقبل قول الوصي في دفع المال إن كان متبرعًا، وإلا فلا، وهذا مذهب الحنابلة[(٢)].

جاء في الإقناع: «ويقبل قوله في دفع المال إليه بعد رشده وعقله إن كان متبرعًا وإلا فلا»[(٣)].

❑ وجه قول الحنابلة:

أن الوصي إن كان متبرعًا فقد قبض المال لحظ اليتيم، فأشبه المودع، فالقول قوله، وإن قبض المال بأجرة فقد قبض المال لحظه هو، فلم يقبل قوله في الرد كالمرتهن والمستعير.

❑ الراجح:

أرى أن تفصيل مذهب الحنابلة قول فيه قوة، وأن من قبض المال لحظه لم يقبل قوله في دفع المال إلا ببينة، كالمقبوض على وجه السوم، ومن قبض المال لحظ غيره قبل قوله بلا بينة مع يمينه كالمودع، والله أعلم.

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ٢٩٠).

(٢) الإنصاف (٥/ ٣٤٢)، الإقناع (٢/ ٢٢٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤١٩).

(٣) الإقناع (٢/ ٢٢٩).

الفصل التاسع
في انتهاء الوصاية

المبحث الأول
انتهاء الوصاية بالموت والفسق

[م-١٧٤٤] إذا مات الوصي انتهت ولايته بموته؛ لأن ابن آدم إذا مات انقطع عمله إلا ما استثني، وهذا مما لا نزاع فيه، ومثله ما لو جرى منه ما يوجب عزله، من فسق، أو خيانة، أو عجز، وإنما اختلف الفقهاء في مسألتين:

المسألة الأولى:

هل يملك الوصي قبل أن يموت أن يوصي لأحد بدلًا عنه مطلقًا، أو لا يوصي إلا إذا فوض له من وصاه بذلك. وقد سبق تحرير هذه المسألة فيما سبق، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا.

المسألة الثانية:

[م-١٧٤٥] إذا كانا وصيين، فماتا، أو فسقا[1]، فهل يقيم الحاكم اثنين، أو يكفى أن يقيم واحدًا بدلهما؟

---

(١) تكلمت في مسألة سابقة عن اشتراط العدالة في الوصي، وفيها خلاف، فهناك من أبطلها، وهناك من قال: يضم إليه أمين، فارجع إليها إن شئت، والصحيح من مذهب الحنابلة أن الفاسق لا تصح الوصية إليه، وينعزل إذا طرأ عليه الفسق، وعنه يضم إليه أمين، قدمه في الفروع والفائق. انظر الإنصاف (٧/ ٢٩١).

توجه لبحث هذه المسألة فيما وقفت عليه كل من الشافعية والحنابلة، ولهم فيها وجهان:

قال النووي: «ولو ماتا جميعًا، فهل للحاكم نصب واحد، أم لابد من اثنين، فيه الوجهان»[١].

أحدهما: يجوز أن يقيم القاضي واحدًا.

قال في الإنصاف: «لو ماتا أو جد منهما ما يوجب عزلهما ففي الاكتفاء بواحد وجهان:

قال في الفائق: ولو ماتا جاز إقامة واحد في أصح الروايتين.

قال في الرعاية الكبرى: وإن وجد منهما ما يوجب عزلهما جاز أن يقيم الحاكم بدلهما واحدًا في الأصح»[٢].

وجهه: أن الوصي الذي عينه الميت بالنص عليه قد مات، وبدله لم يعينه الموصي، والنظر قد انتقل إلى القاضي بعد موت وصي الميت، فله أن يوصي إلى واحد أو أكثر بحسب نظره واجتهاده.

الثاني: يلزم الحاكم أن ينصب اثنين؛ لأن الموصي لم يرض إلا بنظر اثنين، وهذا هو المذهب عند الشافعية، والمشهور عند متأخري الحنابلة[٣].

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣١٨)، وانظر البيان للعمراني (٨/ ٣٠٨).

(٢) الإنصاف (٧/ ٢٩٠).

(٣) أسنى المطالب (٣/ ٧٠)، مغني المحتاج (٣/ ٧٨)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٥٠)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٩٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٢-٥٣٣).

جاء في مغني المحتاج: «ولو ماتا مثلًا جميعًا لزم الحاكم نصب اثنين مكانهما»[١].

وجاء في كشاف القناع: «وإن أراد الحاكم أن يكتفي بالباقي منهما لم يجز له الاكتفاء به؛ لأن الموصي لم يكتف بأحدهما، فلا يقتصر عليه؛ إذ الوصية تقطع نظر الحاكم واجتهاده»[٢].

وقد يقال: لم يكتف الموصي بأحدهما بالنسبة لمن عينهما، أما وقد مات فانتهت وصاية الميت، وانتقل الحق إلى القاضي، وهي وصاية مبتدأة، فله أن يكتفي بواحد أو بأكثر بحسب اجتهاده، والله أعلم.

[م-١٧٤٦] هذا القول فيما إذا ماتا جميعًا أو جرى منهما ما يوجب عزلهما من فسق، أو خيانة، وأما إذا مات أو فسق أحدهما، فهل يستقل الحي الباقي بالتصرف، أو لابد من أن يقيم الحاكم معه أمينًا بدلًا من المتوفى؟

القول الأول:

يقيم الحاكم وصيًا بدلًا من الميت، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة[٣].

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٧٨).

(٢) كشاف القناع (٤/ ٣٩٦).

(٣) المبسوط (٢٨/ ٢٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٩)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٢٠)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٥)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٦)، ملتقى الأبحر (ص٤٥٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٧٢٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٦)، الفتاوى الهندية (٢/ ٤١٠)، الأم (٤/ ١٢٠)، الوسيط (٤/ ٤٩٠)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٣٦)، مختصر المزني (ص١٤٦)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٨)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٣٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٧٣)، المبدع (٤/ ٣٦٧)، المغني (٥/ ٥٦).

قال الغزالي: «إذا مات أحدهما، فإن كان قد أثبت لكل واحد منهما استقلالا فيكتفى بالثاني.

وإن لم يثبت إلا الشركة فللقاضي أن ينصب قيمًا معه بدلًا عن الميت فإنه ما رضي الأب إلا برأي شخصين»(١).

❑ وجه هذا القول:

أن الوصي لم يرض قيام أحدهما دون الآخر، لهذا انتقل حق الوصي الميت إلى القاضي ليقوم بذلك بنفسه، أو يعين وصيًا من قبله.

قال الشافعي في الأم: «وإذا أوصى إلى رجلين فمات أحدهما، أو تغيرت حاله أبدل مكان الميت، أو المتغير رجل آخر؛ لأن الميت لم يرض قيام أحدهما دون الآخر»(٢).

القول الثاني:

إذا مات أحد الوصيين نظر الحاكم في أمر الحي، إن شاء ترك له التصرف وحده إن توفرت فيه العدالة والكفاءة، وإلا أشرك معه غيره بحسب المصلحة. إلا أن يوصي أحدهما للآخر، وهذا مذهب المالكية(٣).

جاء في منح الجليل: «فإن مات أحدهما أي الوصيين المتعاونين دون إيصاء، فالحاكم ينظر في إقرار الآخر وحده، أو إقامة آخر معه»(٤).

---

(١) الوسيط (٤/ ٤٩٠).

(٢) الأم (٤/ ١٢٠).

(٣) شرح الخرشي (٨/ ١٩٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٠٨)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٤)، منح الجليل (٩/ ٥٨٤)، التاج والإكليل (٦/ ٣٩٦)، الشرح الكبير (٤/ ٤٥٤).

(٤) منح الجليل (٩/ ٥٨٤).

القول الثالث:

إن مات أحد الوصيين استقل الآخر بالتصرف وهذا اختيار ابن شاس وابن عرفة وابن الحاجب من المالكية[١].

قال ابن شاس: «وإذا أوصى إلى رجلين فمطلقه منزل على التعاون حتى لا يستقل أحدهما بشيء إلا إذا صرح الموصي بإثبات الاستقلال، وإذا لم يثبت الاستقلال، فمات أحدهما انفرد الآخر، إلا أن يخشى عجزه، وعدم استقلاله، فيقام معه عوض المتوفى، وكذلك إن لم يكن ظاهر العدالة فاحتيج إلى الاستظهار عليه»[٢].



(١) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٣٥)، التاج والإكليل (٦/ ٣٩٦).
(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٢٣٥).



المبحث الثاني
انتهاء الوصاية بالجنون

[م-١٧٤٧] صرح الحنفية والشافعية والحنابلة بأن الوصي إذا جن فإنه ينعزل، لفقده الأهلية.

قال ابن عابدين: لو جن أحدهما - يعني أحد الوصيين - أو وجد ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينًا»(١).

قال العمراني: «وإن فسق الوصي، أو جن انعزل عن الوصية؛ لأن الفسق والجنون ينافيان الولاية، بدليل: أن الأب، والجد، والحاكم إذا فسق واحد منهم أو جن.. بطلت ولايته»(٢).

وقال ابن قدامة: «فإن مات أحدهما - أي أحد الوصيين - أو جن، أو وجد ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينًا»(٣).

وقال القرافي من المالكية: «لو جن الوصي لا ينعزل بخلاف الوكيل»(٤).

ولعله يقصد إذا أفاق فهو باق على ولايته، وهي مسألة خلافية، والعلماء فيها على قولين:

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٦)، وانظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٩).
(٢) البيان للعمراني (٨/ ٣٠٦).
(٣) المغني (٦/ ١٤٧)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٢).
(٤) الذخيرة (٧/ ١٦٤).

القول الأول:

أنه تعود إليه الوصاية، وهذا مذهب الحنفية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[١].

جاء في البحر الرائق: «ولو أوصى إلى عاقل فجن جنونًا مطبقًا، قال أبو حنيفة: ينبغي للقاضي أن يجعل مكانه وصيًا للميت، فإن لم يفعل القاضي حتى أفاق الوصي كان وصيًا على حاله»[٢].

وقال ابن عابدين نقلًا عن الخانية: «لو جن الوصي مطبقا ينبغي للقاضي أن يبدله، ولو لم يفعل حتى أفاق فهو على وصايته»[٣].

القول الثاني:

لا تعود ولايته بعد إفاقته، وهذا أصح الوجهين في مذهب الشافعية[٤].

قال النووي: «ذا جن الوصي، أو أغمي عليه، أقام الحاكم غيره مقامه، فإن أفاق، فهل يبقى على ولايته كالأب والجد والإمام الأعظم إذا أفاقوا؟ أم تبطل؛ لأنه يلي بالتفويض، كالتوكيل، بخلاف الأب، وبخلاف الإمام للمصلحة الكلية؟

فيه وجهان: أصحهما: الثاني، ويجريان في القاضي إذا أفاق.

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢٣)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٣)، المنثور في القواعد (١/ ٣٠٠).
(٢) البحر الرائق (٨/ ٥٢٣).
(٣) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٢).
(٤) أسنى المطالب (٣/ ٦٨).

وإذا أفاق الإمام الأعظم بعدما ولي غيره، فالولاية للثاني، إلا أن تثور فتنة، فهي للأول، ذكره البغوي»[١].

جاء في أسنى المطالب: «لو جن أو أغمي على ولي غير الأصل والإمام الأعظم انعزل، ولم تعد ولايته بالإفاقة من ذلك؛ لأنه يلي بالتفويض كالوكيل بخلاف الأصل تعود ولايته، وإن انعزل؛ لأنه يلي بلا تفويض»[٢].

❏ وسبب الخلاف:

أن الوصي يتصرف بالتفويض، فهل يكون تصرفه بالنيابة، أو أنه يتصرف بالولاية، فإن كان تصرفه بالنيابة لم تعد إليه الوصاية، وإن قيل: إن تصرفه بالولاية عادت إليه مع الإفاقة.

جاء في المنثور في القواعد: «الوصي من حيث إنه يتصرف بالتفويض يكون تصرفه بالنيابة، ومن حيث إنه يتصرف في حق من لا يلي التصرف من نفسه يكون بالولاية . . . ذكر هذا التقسيم القاضي الحسين . . . وأشار في موضع آخر إلى خلاف في أن تصرف الوصي، هل هو بالنيابة أو بالولاية؟ وبني عليه: أن الوصي إذا جن ينعزل، فإذا أفاق، هل تعود ولايته: على وجهين: إن غلبنا النيابة لا تعود، أو الولاية عادت»[٣].



(١) روضة الطالبين (٦/ ٣١٣).

(٢) أسنى المطالب (٣/ ٦٨).

(٣) المنثور في القواعد (١/ ٣٠٠).



المبحث الثالث
انتهاء الوصاية بعزل الوصي نفسه

[م-١٧٤٨] إذا عزل الوصي نفسه فإما أن يعزل نفسه في حياة الموصي، أو بعد موته:

فإن عزل نفسه في حياة الموصي ففيه خلاف على قولين:

القول الأول:

للوصي عزل نفسه متى شاء في حياة الموصي، وهذا قول عامة الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة[1].

إلا أن الحنفية اشترطوا لصحة هذا الرجوع أن يكون ذلك بعلم الموصي ليتمكن من الإيصاء إلى غيره إذا شاء، فإن رجع عن الوصية بغير علم الموصي لم يصح رجوعه؛ لئلا يصير مغررًا من جهته.

وقال الشافعية: للموصي عزل الوصي، وللوصي عزل نفسه إلا أن يتعين

---

(١) البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٩٦)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٥٠٠).

وقال الدردير في الشرح الكبير (٤/ ٤٥٥): «وله: أي للوصي عزل نفسه من الإيصاء في حياة الموصي؛ لأن عقدها غير لازم من الطرفين». وانظر الخرشي (٨/ ١٩٤)، منح الجليل (٩/ ٥٨٩).

نهاية المحتاج (٦/ ١٠٨)، حاشيتا قليبوبي وعميرة (٣/ ١٨١)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣)، المبدع (٥/ ٣١٠)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٧٩)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٤)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٧).

عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره فليس له الرجوع.

والأصل في هذه المسألة ما ذكره بعض الفقهاء من أن العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر امتنع، وصارت لازمة.

القول الثاني:

اختار أشهب من المالكية أن الوصي إذا قبل فليس له عزل نفسه، وكأنه وهب منافعه ونظره للأطفال للبلوغ والرشد، والواهب لا يرجع في هبته(١).

وقول الجمهور أصح.

[م-١٧٤٩] واختلف الفقهاء في عزل الوصي نفسه بعد موت الموصي على قولين:

القول الأول:

ليس له أن يعزل نفسه بعد موت الموصي، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، ورواية عن أحمد. قال المالكية: إلا أن يطرأ عليه عجز فيصير النظر للحاكم(٢).

فإن قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصي يعتبر، دون رد الموصى إليه؟

قلنا: إن نفع الوصية للموصى له نفسه، بخلاف الموصى إليه، فإن نفع

---

(١) الذخيرة للقرافي (٧/ ١٦٨)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٥٥-٤٥٦).

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٥٣٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٦)، العناية شرح الهداية (١٠/ ٤٩٦)، البناية شرح الهداية (١٣/ ٥٠٠)، الشرح الكبير (٤/ ٤٥٥-٤٥٦)، الخرشي (٨/ ١٩٤)، منح الجليل (٩/ ٥٨٩)، الكافي (٢/ ٢٩٣)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣).

الوصية راجع إلى الموصي، فكان في رده بعد موته إضرار عليه، وهو لا يجوز[١].

القول الثاني:

له عزل نفسه بعد موت الموصي قياسًا على الوكالة، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، زاد الشافعية إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره فليس له الرجوع[٢].

وقد سبق لنا بحث هذه المسألة، وذكرنا هناك النصوص عن كل مذهب، ووجه كل قول في هذه المسألة وأن الوصاية فيها شبه بالوكاله، وأن الوصي له عزل نفسه متى شاء في حياة الموصي وبعد وفاته بشرط ألا يتضمن ذلك ضررًا على الموصي، فإن تضمن الفسخ بعد وفاة الموصي ضررًا على ماله أو على أولاده كما لو كان الفسخ في مكان ليس فيه قاض يتولى الوصاية امتنع الفسخ، والله أعلم.



(١) انظر مجمع الأنهر (٢/ ٧١٨)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠٠).

(٢) المهذب (١/ ٤٦٤)، أسنى المطالب (٣/ ٧٢)، نهاية المطلب (١١/ ٣٥٤)، الوسيط (٤/ ٤٩٣)، نهاية المحتاج (٦/ ١٠٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨١)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠)، الإنصاف (٧/ ٢٩٣)، المبدع (٥/ ٣١٠)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٧٩)، مطالب أولي النهى (٤/ ٥٣٤)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٧)، المحرر (١/ ٣٩٢).



المبحث الرابع
انتهاء عقد الوصاية بانتهاء المهمة

الفرع الأول
انتهاء الولاية ببلوغ الصغير رشيدًا

[م-١٧٥٠] اتفق الفقهاء على أن الصغير إذا بلغ عاقلًا رشيدًا فقد انتهت ولاية الوصي، ودفع إليه ماله.

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝٥ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٥، ٦].

فأمر الله ﷻ بحبس أموال اليتامى، وجوز دفع المال إليهم بحصول أمرين، هما: البلوغ والرشد.

قال الشافعي: «دلت الآية: على أن الحجر ثابت على اليتامى، حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ والرشد»[(١)].

وقال الماوردي: كل حكم تعلق بغاية وشرط لم يجز أن يستباح بوجود الغاية مع عدم الشرط، وهذا مثل قوله ﷻ: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فجعل بعد الغاية التي هي البلوغ

(١) أحكام القرآن للشافعي، جمع البيهقي (١/ ١٣٨).

للنكاح شرطًا، هو إيناس الشرط، فلم يجز دفع أموالهم إليهم بعد البلوغ وقبل الرشد»[١].

ولو كان اليتيم راشدًا ولم يكن بالغًا، أو كان بالغًا ولم يكن راشدًا لم يدفع إليه المال حتى يجتمع في حقه البلوغ والرشد.

قال ابن قدامة: «وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلغ، وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى. قال ابن المنذر: اتفقوا على ذلك»[٢].

[م-١٧٥١] وإذا استمر معه السفه بعد البلوغ، فقد اختلف الفقهاء في استمرار منع المال عنه على قولين:

القول الأول:

إذا بلغ الصغير غير رشيد لم تسلم أمواله إليه، وتبقى في يد وصيه حتى يثبت رشده، أو يبلغ خمسًا وعشرين سنة، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة دفعت إليه أمواله حتى ولو كان سفيهًا. وهذا مذهب أبي حنيفة[٣].

جاء في الهداية: «عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله، حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد»[٤].

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي (١/ ٣٨٧).

(٢) المغني (٤/ ٢٩٥).

(٣) البناية شرح الهداية (١١/ ٩٥)، البحر الرائق (٨/ ٩١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٧٩)، بدائع الصنائع (٧/ ١٧٠)، المبسوط (٢٤/ ١٦٢).

(٤) الهداية شرح البداية (٣/ ٢٧٩).

القول الثاني:

لا يدفع إليه ماله حتى ولو بلغ مائة سنة حتى يؤنس منه الرشد، وهذا مذهب الجمهور، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية(١).

جاء في المبسوط: «وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لم يدفع المال إليه، ما لم يؤنس منه الرشد لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. فهذه آية محكمة لم ينسخها شيء، فلا يجوز دفع المال إليه قبل إيناس الرشد منه.

ألا ترى أنه عند البلوغ إذا لم يؤنس منه الرشد لا يدفع المال إليه بهذه الآية، فكذلك إذا بلغ خمسًا وعشرين؛ لأن السفه يستحكم بمطاولة المدة، ولأن السفه بحكم منع المال منه بمنزلة الجنون، والعته، وذلك يمنع دفع المال إليه بعد خمس وعشرين سنة كما قبله، فكذلك السفه»(٢).

قال في المدونة: «قال مالك: لو خضب بالحناء ولم يؤنس منه الرشد لم يدفع إليه ماله، ولم يجز له في ماله بيع، ولا شراء، ولا هبة، ولا صدقة، ولا عتق حتى يؤنس منه الرشد»(٣).

---

(١) المبسوط (٢٤/ ١٦٢)، بدائع الصنائع (٧/ ١٧٠)، المدونة (٥/ ٢٢٠-٢٢١)، البيان والتحصيل (١٤/ ٢٠)، المقدمات الممهدات (٢/ ٣٤٤)، الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٢٨)، أحكام القرآن للشافعي جمع البيهقي (١/ ١٣٨)، الحاوي الكبير (٧/ ٣٨٧)، البيان للعمراني (٦/ ٢٢٤)، الإنصاف (٦/ ٣٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٩٣)، المغني (٤/ ٢٩٥).

(٢) المبسوط (٢٤/ ١٦٢).

(٣) المدونة (٥/ ٢٢٠-٢٢١).

وقال ابن رشد: «لو مات الأب، وأوصى به، لم يخرج من ولاية الوصية حتى يثبت رشده . . . ألا ترى أن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وبلوغ النكاح: هو الاحتلام والحيض، فقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلا بالرشد»[1].

وقد ذكرت أدلة هذه المسألة بشيء من التفصيل في عقد البيع في تصرف السفيه فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، والحمد لله[2].



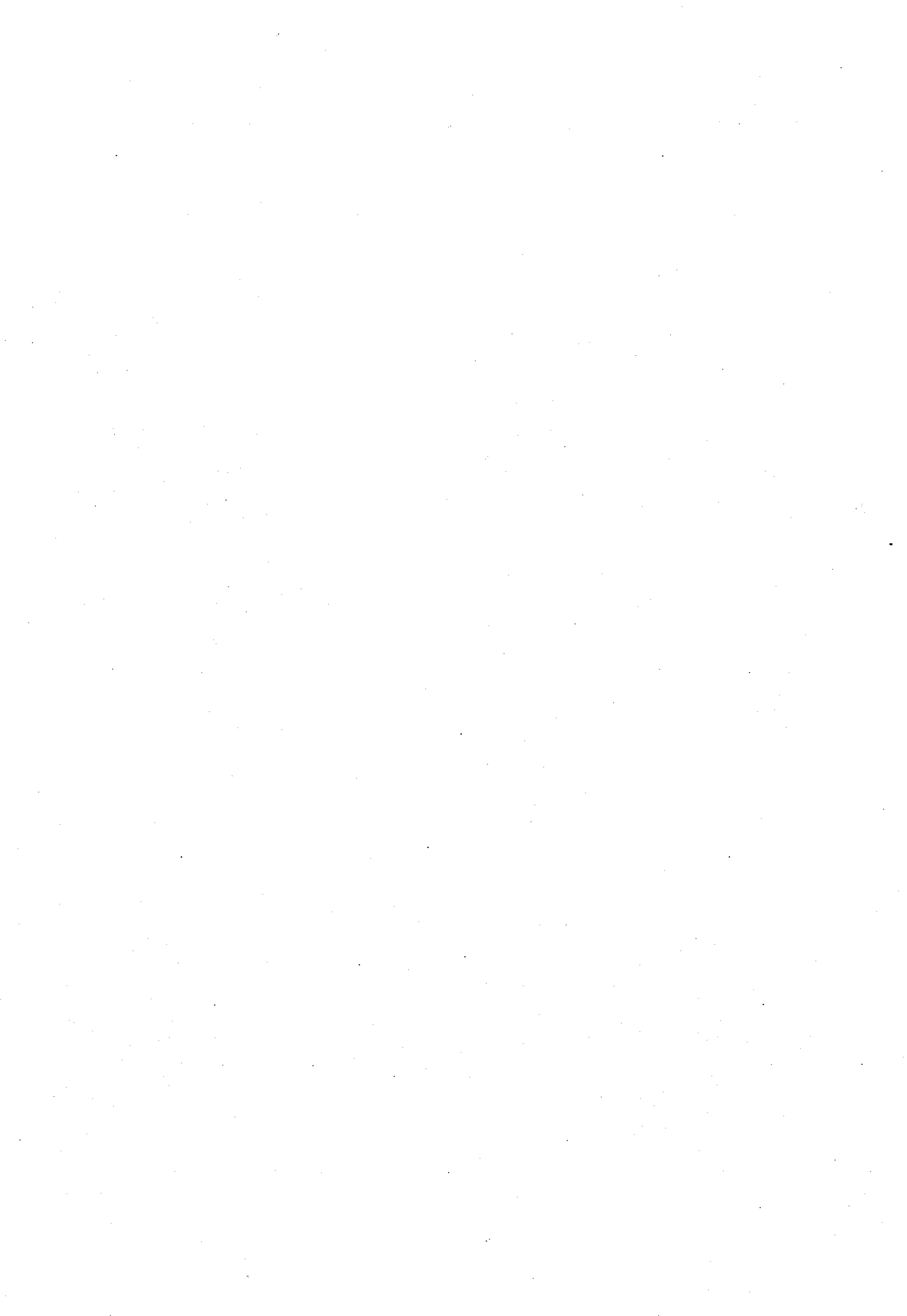
(١) البيان والتحصيل (١٤/ ٢٠).

(٢) انظر المسألة رقم (٩١) من عقد البيع من هذه الموسوعة.

الفرع الثاني
انتهاء الوصاية بأداء الحقوق

[م-١٧٥٢] قد تكون الوصاية بأداء الحقوق التي على الميت قضاء أو اقتضاء، أو برد الودائع واستردادها، أو بتوزيع وصاياه على الموصى لهم بها، فإذا دفع الديون إلى أصحابها، أو أخذها ممن كانت عليهم، وقام برد الودائع إلى أهلها، أو استردادها عند من كانت عنده، وقام بتوزيع الوصايا على الموصى لهم بها فإن الوصاية تنتهي بإنجاز ما كلف به؛ لأن الوصاية كانت بالقيام بعمل فانتهت بانتهاء ذلك العمل، وهذا معلوم، ولا حاجة إلى الإطالة فيه.





الفرع الثالث
انتهاء الوصاية بانتهاء مدتها

[م-١٧٥٣] تنتهي الوصاية إذا كانت مؤقتة بمدة معينة، كأن يقول: أوصيت إلى زيد لمدة عام، أو إلى قدوم زيد، أو إلى بلوغ ولدي فلان، فإن الإيصاء ينتهي ببلوغ أجله، ولم يخالف في ذلك أحد فيما أعلم[(١)].

جاء في البحر الرائق: «ولو قال لفلان وصي إلى أن يقدم فلان فهو كما قال»[(٢)].

وجاء في المدونة: «أرأيت إن أوصى إلى رجل، فقال: فلان وصيي حتى يقدم فلان، فإذا قدم فلان ففلان القادم وصيي، أيجوز هذا؟ قال: نعم هذا جائز»[(٣)].

وجاء في تحفة المحتاج: «لو قال أوصيت لزيد، ثم من بعده لعمرو، أو إليك إلى بلوغ ابني أو قدوم زيد، فإذا بلغ، أو قدم، فهو الوصي جاز»[(٤)].

---

(١) المبسوط (٢٨/ ٢٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٢)، البحر الرائق (٨/ ٥٢١)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢١٩)، التاج والإكليل (٦/ ٣٨٨)، المدونة (٦/ ١٨)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥١)، الخرشي (٨/ ١٩١)، الذخيرة (٧/ ١٦٥)، منح الجليل (٩/ ٥٧٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٦)، تحفة المحتاج (٧/ ٨٩)، حاشية الجمل (٤/ ٧٢)، المنثور في القواعد (١/ ٣٧١)، الحاوي الكبير (٨/ ٣٤١)، المغني (٦/ ١٤٤)، الإنصاف (٧/ ٢٩١-٢٩٢)، الشرح الكبير على المقنع (٦/ ٥٨٢)، المبدع (٦/ ١٠٥).

(٢) البحر الرائق (٨/ ٥٢١).

(٣) المدونة (٦/ ١٨).

(٤) تحفة المحتاج (٧/ ٨٩).

وجاء في مغني المحتاج: «ويجوز فيه: أي الإيصاء التوقيت، كأوصيت إليك سنة، أو إلى بلوغ ابني كما مر . . . لأن الإيصاء كالإمارة، وقد «أمر النبي ﷺ زيدًا على سرية، وقال: **إن أصيب زيد فجعفر وإن أصيب جعفر، فعبد الله بن رواحة**. رواه البخاري»[١][٢].

وقال ابن قدامة: «وإذا قال: أوصيت إلى زيد، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك، رواية واحدة، ويكون كل واحد منهما وصيا، إلا أن عمرًا وصي بعد زيد»[٣].

وبهذا المبحث أكون قد أتيت إلى نهاية عقد الوصاية في المسائل المختارة لشرط هذا البحث، فالحمد لله الذي لا يستطيع الحامدون أن يوفوا حمده، ولا أن يحصوا ثناء عليه.



(١) الحديث رواه البخاري (٤٢٦١).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٧٧).

(٣) المغني (٦/ ١٤٤).

فهرس المحتويات

